

UiO • Det juridiske fakultet

Kampen om grunnrenten

Reguleringsbestemmelser i festeavtaler mellom profesjonelle parter og
tolkningen av dem

Kandidatnummer: 207

Leveringsfrist: 15.1.2015

Antall ord: 39 678



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Emne og problemstilling.....	1
1.2	Presiseringer og avgrensninger	2
1.3	Materiale og metode	4
1.4	Videre opplegg.....	5
2	HVA ER TOMTEFESTE?.....	6
2.1	Rettslige grunntrekk ved en festeavtale	6
2.1.1	Generelt/allment	6
2.1.2	Når skal loven brukes?	8
2.1.3	Tomtefeste og eiendomsrett.....	10
2.1.4	Grunnleggende om reguleringsmekanismen	12
2.2	Den faktiske side. Innledende, generelle fakta om festeavtaler	12
2.2.1	Omfang	12
2.2.2	Parter.....	14
2.3	Hvorfor inngå festeavtaler?.....	14
2.3.1	Generelt/allment	14
2.4	«Kampen om grunnrenten».....	17
3	HVORDAN SKAL FESTEAVGIFTEN FASTSETTES OG REGULERES?	19
3.1	Avtalens utgangspunkt for avgiftens størrelse. Forholdet til innfestningspenger.....	19
3.1.1	Alment	19
3.1.2	Gir kontrakten reguleringsadgang?	19
3.2	Regulering av avgift.....	20
3.2.1	Innledning	20
3.2.2	Regulering etter konsumprisindeks	21
3.2.3	Regulering etter tomteverdi	22
3.2.4	Festerente og inflasjon. Skal domstolene ta høyde for inflasjon?	32
3.3	Forbudet mot urimelige avtaler i tfl. § 11	42

3.3.1	Hvordan skal partene gå frem dersom det ikke er noe festemarked å sammenligne med? Eksempler fra rettspraksis	45
4	TOLKNING OG UTFYLLING.....	49
4.1	Innledende og reelle hensyn.....	49
4.1.1	Oversikt	49
4.1.2	Reelle hensyn.....	49
4.2	Tolkning. Formål og prinsipper	51
4.2.1	Generelt/allment	51
4.2.2	Hva kjennetegner en tolkningsprosess? Kontraktsnære momenter.....	52
4.3	Utfylling.....	62
4.3.1	Innledende	62
4.3.2	Utfyllingsprinsipper. Finnes det?	64
4.3.3	Utfyllingsmetoder.....	65
4.4	Avtalerettens sikkerhetsventiler – uklarhetsregelen (forfatterregelen) og minimumsregelen. Tolkning eller utfylling?	71
4.4.1	Uklarhetsregelen.....	71
4.4.2	Minimumsregelen.....	73
4.5	Spesielle tolkningsprinsipper for avtaler med det offentlige?	74
4.6	Tolkning eller utfylling – avslutning	77
4.6.1	Kapittelet oppsummert og de reelle hensyn i fordelingen av kontraktsforpliktelsene mellom partene	77
5.	TOLKNING ELLER UTFYLLING VED FASTSETTELSE AV FESTEAVGIFT	80
5.1	Innledende om utvalg av typetilfeller, saker og parter.....	80
5.2	To private parter.....	82
5.2.1	Utvalgte saker	82
5.2.2	Avsluttende bemerkninger om de omtalte avgjørelsene.....	90
5.3	Opplysningsvesenets fond som bortfester	91
5.3.1	Fondets formål og eier.....	91
5.3.2	Noen nøkkeltall	92
5.3.3	Har Den norske kirke eksklusiv rett til fondet?.....	93
5.3.4	Utvalgte saker	98

5.4	Twisten mellom Ovf og UiO	104
5.4.1	Innledende	104
5.4.2	Gjennomgang av tingrettens avgjørelse	105
5.5	Hva gjør domstolene når de bestemmer reguleringsmetode? Tolkning eller utfylling av reguleringsbestemmelser?	111
5.5.1	Rettspraksis holdt opp mot tolkningsreglene.....	111
5.5.2	Hvordan speiles avtaletolkningens reelle hensyn seg i rettspraksis?	113
6	KAMPEN OM GRUNNRENTEN. HVEM VINNER?	115
7	REGISTER.....	117

1 Innledning

1.1 Emne og problemstilling

Reguleringsbestemmelser i tomtefesteavtaler har de siste årene flere ganger vært til behandling i rettssystemet. Partene er uenige om hvordan kontraktens bestemmelser om regulering av festeavgift skal forstås. Bortfestere vil som regel ha avgiften regulert etter tomteprisens utvikling, mens festere helst ser at endringer i pengeverdien skal ligge til grunn for fastsettelsen av avgift. Årsaken er at tomteverdien i de aller fleste tilfeller har hatt en høyere utvikling enn pengeverdien.

Det er en «kamp om grunnrenten» som finner sted. Generelt kan grunnrenten defineres som avkastningen eieren av en naturressurs får ved å utnytte ressursen.¹ I denne sammenheng er grunnrenten den festerente man får av å feste bort eiendommen.² Denne avhandlingens hovedproblemstilling er hvordan kampen om grunnrenten avgjøres av domstolene. Det er flere sider ved dette. Avhandlingen vil derfor behandle utvalgte spørsmål innen profesjonelle feste-forhold. Disse spørsmålene er som følger:

Et første spørsmål er hvordan domstolene – når de beregner festerente og det legges tomte-verdi til grunn for beregningen – fastsetter festerenten. Flere økonomer har de siste årene tatt til orde for at kapitaliseringsrenter, slik festerenten også er, settes for høyt av norske domsto-ler fordi man ikke tar hensyn til inflasjon på en riktig måte. Jeg vil også redegjøre for hvordan domstolene fastsetter tomteverdier. Etter at jeg har gitt en oversikt over rettslige og faktiske grunntrekk ved tomtefesteinstituttet i kapittel 2, vil jeg drøfte dette i kapittel 3.

Et annet spørsmål er hvordan domstolene går frem når de avgjør spørsmål om grunnlaget for regulering av festeavgift i festeforhold mellom profesjonelle parter. Ved å analysere rettspraksis, kan man få et bilde av om domstolene nøyer seg med ren avtaletol-king eller om de også i visse tilfeller tyr til utfylling av festeavtaler mellom profesjonelle par-ter. Dette drøfter jeg i kapittel 4 og 5.

¹ Se Eide 2008 s. 163.

² Se mer om dette i avsnitt 2.4.

Som nevnt vil avhandlingen konsentreres rundt tvister om regulering av festeavgift mellom profesjonelle parter, der særlig domstolenes avtaletolkning skal underkastes et kritisk lys. For tiden pågår en tvist mellom Universitetet i Oslo (UiO) og Opplysningsvesenets fond (Ovf) om tolkningen av reguleringsbestemmelsen i en festekontrakt. Saken skal til behandling i Borgarting lagmannsrett i begynnelsen av 2015. Det var denne saken som gjorde at jeg fattet interesse for temaet. UiO ønsker at reguleringen skal basere seg på endringen i pengeverdien, også omtalt som konsumprisindeks (KPI). Ovf mener derimot at reguleringen skal basere seg på utviklingen i tomteverdi. Reguleringsbestemmelsen sier ikke noe eksplisitt om hvordan reguleringen skal foregå. Saken er det siste eksempelet på at temaet er aktuelt og praktisk viktig. Jeg vier denne saken særskilt oppmerksomhet i kapittel 5.

Opplysningsvesenets fond er en stor bortfester med røtter tilbake til 1814. Derfor vies fondet en forholdsmessig stor plass i avhandlingen. Dessuten synes jeg at det har en egenverdi at drøftelser av Den norske kirkes rett til fondet festes til papiret. Fondet har en samfunnsmessig oppgave ved å forvalte Den norske kirkes eiendommer. De senere år har fondet hatt en mer kommersiell drift enn tidligere. Fra 2001 har det vært et eget forvaltningsorgan for fondet. Fondets strategi går blant annet ut på å skape en lønnsom struktur ut av eiendomsmassen.³ Sammenholdt med opphevelsen av prisreguleringer for tomtefeste, kan dette tenkes å være en årsak til at antall tvister om reguleringen av festeavgift har økt de seneste par årene.

Til slutt vil jeg i kapittel 6 tilby mine egne vurderinger av spørsmålene som drøftes i kapitlene 3-5. Jeg analyserer og vurderer flere spørsmål underveis, slik at kapittel 6 ikke må ses som en uttømmende analyse av det foreliggende stoffet.

1.2 Presiseringer og avgrensninger

Det er festekontrakter der formålet er noe annet enn feste til bolig- og fritidshus som er tema. Bruken kan spenne fra universitetsbygg til flyplass. Noen ganger har kommuner festet tomt som er fremfestet til boliger. Kontraktene som behandles her er skriftlige. Videre har det vært og er avtalefrihet for denne type kontrakter, se nå tomtefesteloven (tfl.) § 15(3). For kontrak-

³ Tilgjengelig på fondets hjemmesider www.ovf.no.

ter der tomter er fremfestet, gjelder ikke tomtefesteloven så lenge fremfesteren ikke selv skal føre opp hus på tomten. Problemstillingen blir dermed den samme for fremfestede kontrakter.

I festeforhold til annet enn tomt til bolig- og fritidshus skal reguleringen i utgangspunktet skje i samsvar med endringen i pengeverdien siden festeavtalen ble inngått, jf. tfl. § 15(3).⁴ Bestemmelsen lyder slik:

For andre festehøve enn tomt til bustadhus og fritidshus kan kvar av partane krevje den avtalte festeavgifta regulert i samsvar med endringa i pengeverdien i tida sidan festeavtala vart inngått, om dei ikkje tvillaust har avtalt at festeavgifta skal stå uendra eller dei har avtalt regulering på anna måte.

Dersom noe annet er avtalt, skal dette legges til grunn. Tvillaust-kravet gjelder ikke for avtale om at avgiften skal reguleres på annen måte enn i samsvar med pengeverdien, jf. Rt-2012-1393. For slike avtaler gjelder vanlige regler om avtaletolkning. Høyesterett kom frem til at lovgiver ikke hadde ment å gi tvillaust-kravet virkning for andre avtaler enn dem som gjaldt ikke-regulering fordi lovforarbeidene sammenholdt med sosiale hensyn ikke kunne gi noen sikre holdepunkter for en så vid tolkning av bestemmelsen. Flere for- og etterarbeider kunne tale for en vid anvendelse av tvillaust-kravet, men der forarbeidene trakk i retning av at alle avtaler var omfattet, var ikke standpunktet nærmere begrunnet.

Selv om partene skulle være de samme i to forskjellige kontraktsforhold, er det mulig at de i det ene kontraktsforholdet har blitt enige om noe annet enn i det andre. En tidligere kontrakt en av partene har inngått eller en kontrakt inngått mellom begge partene vil naturligvis kunne si noe om hva partene har forpliktet seg til i den nye kontrakten. Den tidligere kontrakten vil likevel ikke være mer enn et moment i tolkningen av den senere. Den kan være et tungtveien- de og også et avgjørende moment. Tidsaspektet kan bety mye i så måte. Tidene kan ha forandret seg. Selv om partene har brukt formuleringer som likner hverandre, kan forholdene rundt kontraktsinngåelsene tilsi at de skal tolkes forskjellig.

⁴ Lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste.

For forskjellige avtaler vil det naturligvis kunne dukke opp ulike problemstillinger. Denne avhandlingen kan ikke besvare alle. Det er tvert i mot viktig å ta et forbehold om at avhandlingen ikke kan dekke alle kontrakter og dertil hørende tolkningsalternativer. Dessuten må enhver avtale vurderes individuelt. Antagelig kan det likevel la seg gjøre å stake ut noen retningslinjer for hvordan man skal gå frem i tolkningen av festeavtalenes reguleringsbestemmelser.

Avhandlingen tar derfor sikte på å gi et overblikk over forskjellige typer avtaler. Den vil behandle avtaletilfeller mellom to private parter og tilfeller der kommuner er part. I tillegg vies en del plass til avtaletilfeller der Opplysningsvesenets fond fester bort tomt.

1.3 Materiale og metode

Utgangspunktet for behandlingen av festeavtaler til hus vil være tomtefesteloven, jf. tfl. § 1. For temaet som her er til behandling, regulering av festeavgift i festeforhold til annet enn bolig- og fritidshusformål, er det imidlertid avtalefrihet, jf. tfl. § 15(3). Det betyr at tolkningsspørsmål ikke kan løses ved hjelp av loven alene. Utgangspunktet for tolkningen av avtalene det her er snakk om er selvsagt den alminnelige tolkningslæren slik den er utpenslet i rettspraksis. Vi har en rikholdig rettspraksis knyttet til avtaletolkning, og mye av dette kan brukes som utgangspunkt for tolkningen av festeavtaler.

Retningslinjene for avtaletolkningen og grensene mellom tolkning og utfylling er likevel primært utformet og systematisert i teorien. Det reflekteres særlig i kapittel 4. Det er skrevet mye om tolkning og utfylling. Avhandlingen kan ikke ta for seg alle kildene. Jeg har måttet gjøre et utvalg som reflekteres i kapittelets kilder.

Etter hvert som tvistene om festeforhold er blitt stadig flere, har rettskildebildet blitt mer sammensatt. Likevel gjelder dette først og fremst festeavtalene som angår bolig og fritidshus. For avtalene der kontraktsfriheten råder, er ikke tilfanget like stort, men det er likevel flere tvister som havner for domstolene. De færreste tvister slipper inn for behandling i Høyesterett slik at tvister i de festeforhold som her er tema stort sett er behandlet i lagmannsretten. Det reflekteres i denne avhandlingen, se særlig kapittel 5. Lagmannsrettsavgjørelsene som er referert må ikke leses som prejudikater for en rettstilstand, men de danner et bilde av hvordan domstolene vurderer festekontraktene.

1.4 Videre opplegg

Først vil jeg redegjøre for tomtefesteinstituttet, dets begrunnelser og dets utbredelse i Norge i dag i kapittel 2. I kapittel 3 behandler jeg de forskjellige komponentene i en festeavgift og hvordan en festeavgift beregnes. Selv om kontrakten bestemmer at det skal være reguleringsadgang, må ikke partene ha hatt noen klar oppfatning om hvordan dette skal gjøres. I kapittel 3 gjør jeg rede for de to mest brukte alternativene, regulering etter henholdsvis tomteverdi og pengeverdi. Der diskuterer jeg også problematiske sider ved den såkalte festerenten. Festeavgiften er en viss prosentsats (festerenten/kapitaliseringsrenten) av tomteverdien, som skal betales til bortfesteren hvert år. Festerenten er en form for kapitaliseringsrente, der fremtidig verdi omregnes til en nåverdi. Det kan spørres om festerentene er for høye fordi domstolene ikke tar hensyn til inflasjon på riktig måte. Til slutt i kapittel 3 behandles forbudet mot urimeleg høy festeavgift.

I kapittel 4 behandles avtalerettens tolknings- og utfyllingslære. Kapitlet er forholdsvis bredt lagt opp, men jeg mener det er nødvendig for å kunne trekke veksler på dette stoffet i kapittel 5 på en ryddig måte. Det er vanskelig å oppstille noen generelle utfyllingsregler. Derfor vies dette temaet en del plass. I kapittel 5 gjennomgår jeg forskjellige avgjørelser der domstolene har måttet ta stilling til hvilket reguleringsgrunnlag avtalen skal ha og hvordan en eventuell tomteverdi skal beregnes. Jeg tror at denne delen av avhandlingen kan være et bidrag til kartleggingen av rettskildene i festesaker. Flere av problemstillingene som domstolene må ta stilling til er såkalte gjengangere. Det kan spørres om ikke flere tvister kunne vært løst ved overenskomst utenfor domstolene.

2 Hva er tomtefeste?

2.1 Rettslige grunntrekk ved en festeavtale

I dette kapittelet vil jeg redegjøre for grunnleggende kjennetegn ved tomtefesteinstituttet, både rettslige og faktiske. Formålet er å forklare hva slags rettslig konstruksjon tomtefestet er og å informere om dets utbredelse og omfang

.

2.1.1 Generelt/allment

Tomtefeste er grunnleggende sett en leie av grunn til hus, jf. tfl. § 1. Det er en langvarig bruksrett som gir rett til å ha hus eller «andre faste anlegg på eiendommen mot at det ytes vederlag».⁵ Et festeforhold springer ut av en avtale mellom grunneieren, bortfester, og leietageren, fester.

I et festeforhold er det normalt at festeren eier de bygninger han setter opp på tomten.⁶

En festeavtale må inngås skriftlig, jf. tfl. § 5(1).⁷ Partene er likevel bundet dersom det er ytet og mottatt vederlag for festet eller dersom festeren, i samsvar med muntlig avtale, har tatt over festet ved å starte arbeid på tomten, jf. § 5(2). Avtaler inngått etter 1. januar 2002 må opplyse om festet gjelder tomt til bolighus, fritidshus eller andre formål, jf. første ledd, annet punktum. Tomteverdien skal opplyses. Grunnen til at loven stiller slike krav er at festeforholdet kan få visse rettsvirkninger som er bestemt i loven, for eksempel minste bindingstid, jf. tfl. §§ 7 og 8, regulering av festeavgift, jf. § 15, fysisk råderett, jf. §, og innløsning, jf. § 32.

At det stilles krav til avtalens form og innhold må i utgangspunktet bety at avtalen ikke er bindende dersom den ikke inneholder de nevnte opplysningene. Paragraf 5(2) inneholder et viktig unntak: Dersom partene har ytet og mottatt vederlag for festet eller i samsvar med muntlig avtale har tatt over festet ved å starte arbeid på tomten eller på annen måte, er partene bundet. De har i tilfelle krav på å få satt opp avtalen skriftlig, jf. annet ledd, siste punktum.

⁵ Lid 1961 s. 1.

⁶ NOU 1993:29 Rådsegn 15 – ny lov om tomtefeste s. 9.

⁷ Paragrafen gjelder bare for avtaler inngått etter 1975, jf. fjerde ledd.

Forarbeidene forutsetter at avtalen kan ikke tinglyses dersom den ikke oppfyller kravene til opplysning om formål og tomtens verdi i § 5 første ledd, jf. Ot.prp.nr. 28 (1995-1996) s. 52.

Ansvar for matrikkelføring og kostnadene for dette hviler på bortfesteren, jf. § 5 tredje ledd. Partene står imidlertid fritt til å avtale andre ordninger.

De fleste festeavtaler må sies å være langvarige. For avtaler om feste til bolig- eller fritidshus inngått etter tomtefestelovens vedtagelse, varer avtalen til den blir sagt opp av fester eller tomten innløses, jf. tfl. § 7(1). Avtaler om det samme inngått etter 1975, men før tomtefesteloven trådte i kraft, har en løpetid på 80 år, jf. § 7(2). Avtaler inngått før dette, følger kontraktens bestemmelser om festetid.

For festeavtaler som ikke gjelder bolig- og fritidshus, er lovens regulering noe annerledes. Paragraf 8(1) slår fast at avtalen gjelder frem til en av partene sier den opp med mindre noe annet er bestemt i avtalen. For festeavtaler for fabrikk- eller forretningsbygg inngått etter 1975 er festetiden 80 år med mindre noe annet er avtalt, jf. annet ledd. Dette er en videreføring av bestemmelsen i 1975-loven.

Loven beskytter dermed bolig- og fritidshusfesterne mot oppsigelse fra bortfesternes side. Det er ikke unaturlig. Boligfestere har ofte investert tungt i eiendommen. Ved feste til bolig- og fritidshusformål gjør såkalte forbrukerhensyn seg gjeldende. Det antas at partene i et profesjonelt kontraktsforhold er bedre rustet til å ivareta sine rettigheter sammenlignet med dem som fester til bolig- og fritidshus.⁸ Dessuten vil den følelsesmessige tilknytningen normalt være en del sterkere i bolig- og fritidshustilfellene enn ellers.⁹

⁸ Se generelt Ot.prp.nr. 28 (1995-1996) nr. 28 s. 14.

⁹ Dette er nevnt blant annet i Ot.prp.nr. 28 (1995-1996) s. 15.

2.1.2 Når skal loven brukes?

Tomtefesteloven § 1 lyder:

Lova her gjeld feste (leige) av grunn til hus som festaren (leigaren) har eller får på tomta.

Inn under lova går òg bruksrett til grunn som skal nyttast til veg, bilplass, hage eller liknande i samband med hus på festetomta. Dette gjeld òg særlege bruksrettar som bortfestaren har over framand eigedom og overlet til festaren, så langt det er tale om rettshøvet mellom festaren og bortfestaren.

Om høvet til grunneigaren der bortfestaren er leigar av grunnen, gjeld føresegnene i § 42.

Lova gjeld ikkje grunnleige der hovudføremålet er anna enn hus og bruk i samband med hus.

Loven gjelder feste av grunn til «hus», jf. tfl. § 1(1). Loven bygger på at festeforholdets hovedformål er bestemmende. Dette kommer til uttrykk i tfl. § 1 annet og fjerde ledd. Etter annet ledd skal bruksretter som skal benyttes «i samband med hus på festetomta» også gå inn under loven. Fjerde ledd slår fast at loven ikke gjelder grunnleie der hovedformålet er annet enn hus og bruk i forbindelse med hus. Det åpenbare eksempelet på hva som faller inn under «hus»-betegnelsen, er bolighus og fritidshus.¹⁰ Også industribygg, kontorer og parkeringshus omfattes av denne betegnelsen.¹¹ Noe annet er at det følger med hus der anlegg av forskjellig art er hovedformålet. Idrettsanlegg er et eksempel.¹²

Det må avgjøres etter en konkret vurdering hva som er tomtens hovedformål. Eksempler i rettspraksis kan illustrere dette.

I dom avsagt av Agder lagmannsrett inntatt i RG-2006-1089, la avtalen opp til at festeren kunne drive campingplass, bygge hytter og «drive fritt etter behov og ønske». Lagmannsretten mente at dette falt innenfor tfl. § 1, men la videre til grunn at det dermed var opp til festeren å

¹⁰ Det var i sin tid diskusjon om det skulle gjelde forskjellige regler for henholdsvis bolighus og fritidshus, se for eksempel Ot.prp. nr. 2 (1974-1975) s. 46 og s. 58-59.

¹¹ Se Ot.prp. nr. 2 (1974-1975) s. 58-59, som i all hovedsak også ligger til grunn for dagens lov § 1, jf. Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) nr. 28.

¹² NUT 1971:3 Rådsegn 9 s. 30.

bestemme «[h]vilken vekt» han ville tillegge de forskjellige elementene.¹³ Veier som skulle betjene hus og ikke bare campingdelen, ble tatt til inntekt for at tomtefesteloven skulle komme til anvendelse. Det samme gjaldt for de såkalte fellesbyggene, det vil si de bygg som både hyttebrukere og campere skulle benytte.

Videre kan man se til Hålogaland lagmannsretts dom inntatt i RG-2011-187. Saken gjaldt tolkning av avtale om fradeling fra landbrukseiendom på cirka seks dekar. Avtalen ble inngått i 1928. Bortfesteren hevdet forgjeves at avtalen ikke var omfattet av tomtefesteloven. Innledningsvis nevnte retten at de opprinnelige partene for lengst var døde. Lagmannsretten la vekt på at festeren bygget hus umiddelbart etter at festekontrakten ble inngått. Festetiden på 99 år ble også fremhevet. Hvis formålet var å gi støtte til produksjon i en vanskelig tid, hadde det formodningen mot seg at festetiden skulle være så lang. Bortfesteren hadde også ytet et lån til festeren. Selv om eiendommen kunne benyttes til dyrking, stod ikke det i motsetning til boformålet, mente lagmannsretten.

Festets formål må avgjøres ut fra en helhetsvurdering. Rettspraksis kan illustrere at partenes intensjoner er viktige så lenge disse kan gjøres rede for. Selv om tomten benyttes til andre formål enn hus, er ikke dette avgjørende, så lenge husbruken fremstår som den mest nærliggende.

2.1.2.1 Skillet mellom feste til boligformål og feste til andre formål

Tomtefesteloven inneholder ingen egen definisjon av bolig. I husleieloven (husll.) defineres bolig som «husrom som fullt ut eller for en ikke ubetydelig del skal brukes til beboelse», jf. husll. § 1-1 siste ledd. Beboelseskriteriet innebærer at husrommet «benyttes som bolig for personer – altså til alminnelig opphold, til spising og overnatting».¹⁴ En slik definisjon kan være retningsgivende for vurderingen i festeforhold. Etter tomtefesteloven er det ikke et krav at festeren skal bo der selv, eventuelt med sin familie.

¹³ Denne uttalelsen er noe uklar, da retten uttrykkelig kom til at feste til hus var hovedformålet.

¹⁴ NOU 1993:4 s. 100.

Husleieloven dekker andre formål enn tomtefesteloven. Samtidig er det et mål å sørge for sikkerhet for egen bolig.¹⁵ Dette formålet har også tomtefesteloven. Husleielovens definisjon kan ikke automatisk overføres til festeforhold, men kan tjene som en veileder.

Tvilsspørsmål kan oppstå der bygningen huser flere enheter med ulike formål. Det klassiske eksempelet er der det er kiosk eller butikk i første etasje og bolig i annen.¹⁶ Igjen er spørsmålet hva som er hovedformålet for bygningen.¹⁷

I Rt-2013-504 avgjorde Høyesterett at en utleieblokk med leiligheter ikke var feste til boligformål, jf. tfl. § 15(1). Høyesterett utelukket likevel ikke at det fantes grensetilfeller der en slik løsning ville være tvilsom.

2.1.3 Tomtefeste og eiendomsrett

Dette avsnittet tar sikte på kort å slå fast noen prinsipielle utgangspunkter og trekke opp noen skillelinjer mellom eiendomsretten på den ene siden og tomtefeste på den andre.

Det sies gjerne at eiendomsretten er negativt avgrenset. Med dette menes at eier kan utøve alle beføyelser over eiendommen som ikke på et rettslig grunnlag er avgrenset.¹⁸ Tomtefeste er prinsipielt det stikk motsatte da det er avtalen med grunneier som angir hvilke tiltak som kan settes i verk på tomten, selv om festerens rett til utnyttelse som regel er vid. Eiendomsretten er «evigvarende», mens et tomtefeste ofte er tidsavgrenset.¹⁹

Når det inngås en festeavtale, vil festeren i løpet av avtalens levetid på mange måter opptre som en eier, alt avhengig av avtalen. Den faktiske rådigheten vil han ha, selv om det er et skille mellom feste til bolig- og fritidshus og feste til andre formål. Tfl. § 16(1) slår fast at for feste til bolig- og fritidshus har fester samme fysiske råderett over eiendommen som eier med mindre avtalen sier noe annet. Det kan presiseres at retten til naturforekomster og lignende

¹⁵ Ot.prp. nr. 82 (1997-1998) s. 15.

¹⁶ Se for eksempel Falkanger 2013 s. 261.

¹⁷ Se Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) s. 15.

¹⁸ Falkanger 2013 s. 40.

¹⁹ Enn så lenge sier tfl. § 33 at fester til bolig- eller fritidshus kan kreve forlengelse av festet på samme vilkår som før i stedet for å innløse. I prinsippet kan denne retten sies å være evigvarende.

ikke omfattes av fysisk råderett.²⁰ For tidsuavgrensede fester til andre formål uten oppsigelsesrett for bortfester, gjelder det samme.

For andre avtaler enn feste til bolig- og fritidshus har fester rett til å bruke eiendommen i samsvar med avtaleformålet i samsvar med «tida og tilhøva», jf. tfl. § 16(2). Regelen tar høyde for at festers behov kan endre seg over tid. Dersom det blir spørsmål om å heve festekontrakten, må forholdet vurderes opp mot retten slik det er definert i tfl. § 16(2).²¹

Festeren har rett til å overføre festeretten til andre med mindre noe annet følger av festeformålet eller det som er avtalt, jf. tfl § 17(1). Bortfesteren kan selvsagt ta forbehold om forkjøpsrett ved overdragelse av festerett med den følge at løysingsrettslova kommer til anvendelse, jf. tfl. § 17(2).²² Festeren kan pantsette både festeretten og de byggverk han har på tomten med mindre avtalen eller lov setter grenser for dette, jf. § 18(1).²³ Dersom festeren blir eier, går tinglyst panterett i festet over til å bli panterett i grunnen fra tidspunktet festeren får tinglyst eierhjemmel med mindre noe annet er avtalt, jf. tfl. § 18(3). Videre kan festeren i utgangspunktet stifte servitutter så lenge dette er i overensstemmelse med den rett festeren har og det ikke strider mot avtalen, jf. tfl. § 19. For eksempel kan ikke festeren avtale ferdselsrett for naboen utover den avtalte festetid.

Bestemmelsene illustrerer at dette egentlig er rettigheter som tilhører eieren av tomten. Festerens rett til å disponere faktisk og rettslig over tomten er avhengig av et positivt rettsgrunnlag, det vil si festeavtalen. Loven er på visse punkter fravikelig da bortfester kan sette grenser for de rettigheter en fester kan ha etter loven.

²⁰ Se Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) s. 58.

²¹ Se Rt-1994-1617 (Stabil).

²² Se imidlertid tfl. § 32 om innløsning av bolig- og fritidshus for slektingers innløsningsrett.

²³ Se også lov 8. februar 1980 om pant (pantel.) § 2-3 for nærmere regler om hva pantsettelse av festerett innebærer.

2.1.4 Grunnleggende om reguleringsmekanismen

I dette avsnittet vil jeg kort presentere noen eksempler på hvordan en reguleringsbestemmelse kan se ut. Reguleringsbestemmelser skal drøftes senere i avhandlingen, særlig i kapittel 3 og 5, men for oversiktens skyld vil jeg her gi en rask innføring.

En reguleringsbestemmelse kan være utformet slik at festeavgiften skal reguleres i samsvar med tomteverdien. Et av Opplysningsvesenets fonds mest brukte formularer ser slik ut:

«Når 25, 50 og 75 år av festetiden er gått, kan det offentlige eller festeren innen to år - hvis forholdet ikke ordnes ved overenskomst som godkjennes av Kirkedepartementet - kreve holdt skjønn til bestemmelse om og - i tilfelle - til hvilket beløp den årlige festeavgift bør forhøyes eller nedsettes under hensyn til rentenivået og til endringer i parsellens verdi som ikke skyldes festerens egne foranstaltninger.»

Her går det tydelig frem at reguleringen er knyttet til tomtens verdi. Det forekommer som nevnt også at reguleringen knyttes til utviklingen i konsumprisindeksen. Et eksempel på dette lyder slik:

«Leiekontrakten er sålydende:

Kontrakten er gjeldende i 99 år til en årlig leie av kr 10.- - Kroner ti 00/100 de første 25 år. Etter den tid skal leien justeres etter den tids pengeverdi, men grunnlaget er etter den nuværende kurs.»²⁴

2.2 Den faktiske side. Innledende, generelle fakta om festeavtaler

2.2.1 Omfang

Det er vanskelig å angi eksakt hvor mange festeforhold vi har i landet, men det finnes en god indikasjon på dette i NOU 2013: 11 Festekontrakter og folkerett, s. 22-24.²⁵ Utredningen opp-

²⁴ Bestemmelsen er hentet fra avgjørelse inntatt i RG-2006-1590.

²⁵ Utredningen var foranlediget av EMDs dom 12. juni 2012 mot Norge i saken Lindheim og andre mot Norge (13221/08 og 2139/10). EMD mente at festerens rett til å kreve forlengelse av avtalen «på same vilkår som før», jf. tfl. § 33, var i strid med EMK P1-1). Statens anmodning om behandling i storkammer ble avvist 22. oktober 2012. Utvalgets oppgave var å utrede forslag til endringer av lovens regler om forlengelse av feste til bolig- og fritidshus. Utvalget ble ledet av professor Kåre Lilleholt. Heretter benevnt Lilleholt-utredningen.

gir forskjellige tall som har blitt hentet inn,²⁶ men antar «som et grovt overslag» at det finnes i overkant av 200 000 tomtefesteforhold.²⁷ Norsk Eiendomsinformasjon AS beregnet antall unike tomtefesteforhold til 196 301.²⁸ Her var imidlertid ikke feste i andre kategorier enn bolig, fritidseiendom og kategorien «uoppgitt» tatt med. Festeforhold av annen art, som for eksempel, industri, offentlig vei, landbruk etc, ble beregnet til 40 626. I 2003 antok departementet at det fantes mellom 300 000 og 350 000 festeforhold i Norge.²⁹

Det var imidlertid registrert 352 773 festeforhold hos Statens kartverk, men dette tallet var antagelig for høyt fordi den enkelte fester registreres som å ha et festeforhold også når det er flere personer på festersiden.

Selv om tallet fra 2003 antagelig var for høyt, er det i likhet med Lilleholt-utvalget grunn til å anta at det har vært en nedgang i antall festeforhold siden årtusenskiftet.³⁰ I 2012 ble det etablert 1512 nye festeforhold.³¹ 155 var registrert til bolighus og 874 til fritidshus.³²

I omtrent 82 % av det samlede antall festeforhold, står privatpersoner som festere. Kommuner og enheter med organisasjonsnummer utgjør omtrent henholdsvis 5 og 7 prosent. På bakgrunn

²⁶ Per juni 2013 var det registrert 236 670 eiendommer med minst ett aktivt festeforhold. Det var samtidig registrert 332 697 aktive andeler som har tinglyst hjemmel til feste. Et festeforhold kan imidlertid være registrert flere ganger fordi det er oppgitt flere personer på festersiden. For at tallet skal bli korrekt, må overskytende registreringer trekkes fra.

²⁷ Se Lilleholt-utredningen s. 22.

²⁸ Et festeforhold kan være registrert flere ganger fordi det er oppgitt flere personer på festersiden. For at tallet skal bli korrekt, måtte overskytende registreringer trekkes fra.

²⁹ Se Justisdepartementets høringsnotat 5. juni 2003 punkt 1.2.

³⁰ Se Lilleholt-utredningen s. 22.

³¹ Se Statistisk årbok 2013 tabell 446. Utvalget skriver imidlertid at det ble etablert 1515 nye festeforhold.

³² Lilleholt-utredningen s. 22. I følge Statistisk årbok 2013 ble det imidlertid etablert 224 festeforhold til bolig og 905 til fritidseiendom. Lilleholt-utredningen skriver for øvrig at det i 2012 forelå 13 166 overføringer av festeforhold. Lilleholt-utredningen bygger på tallmateriale fra Statens kartverk. I følge Statistisk årbok 2013 forelå det imidlertid 13 052 festeoverganger. Statens kartverk og Statistisk sentralbyrå skal imidlertid bruke det samme tallmaterialet. Det kan dermed være feil i avstemmingen mellom tallene og de forskjellige kategoriene.

av Lilleholt-utvalgets beregninger kan man anslå at det er rundt 30 000 festeforhold i Norge som ikke gjelder bolig- og fritidshus.³³

Det er tilnærmet sikkert at det de siste ti årene har vært en nedgang i antall festeforhold.³⁴ I SSBs statistikk for eiendomsomsetning 2. kvartal 2014 (foreløpige tall) viser at det ble etablert 321 nye festeforhold og foretatt 2992 festeoverganger. Dette utgjør en nedgang på henholdsvis 9,6 og 3,9 prosent sammenlignet med samme periode året før. Hvis man sammenligner med tall fra samme periode i 2009, gikk antall nye festeforhold ned med 24,6 % mens antall festeoverganger har gått ned med 3,9 %.

2.2.2 Parter

Langt på vei de fleste festeforhold har bolig- og fritidsformål. 151 790 var registrert til boligformål og 97 128 er registrert til fritidsformål. 67 843 festeforhold hadde ikke noe oppgitt formål, men disse har antagelig bolig- eller fritidsformål da 55 433 av festerne er privatpersoner.

I juli 2002 var 295 277 av de registrerte festere registrert som privatpersoner. Aksjeselskap var oppført som fester i 22 342 tilfeller. Kommuner er oppført som festere i 18 500 tilfeller.

2.3 Hvorfor inngå festeavtaler?

2.3.1 Generelt/allment

For en fester er tomtefeste en annen mulighet til å skaffe seg eiendom enn å kjøpe den. Det kan være aktuelt å feste en tomt fremfor å kjøpe den fordi kjøp av eiendom krever en større umiddelbar investering. Det er et relevant hensyn, både for den som skal feste til bolig og for den som skal feste til andre formål. Hvis man overtar en festekontrakt, vil det også koste penger, men sannsynligvis ikke like mye som å overta eiendomsretten.

For bortfesteren vil hva som lønner seg variere med tiden og forholdene. En bortfester kan feste bort fremfor å selge dersom det på lang sikt antas å være mer økonomisk gunstig. Med

³³ Se Lilleholt-utredningens tallmateriale og anslag på s. 22 og 23.

³⁴ Se Lilleholt-utredningen s. 22.

en festeavtale vil bortfesteren beholde kontrollen over eiendommen samtidig som han får inntekter av den, se for eksempel LB-2012-65885 som er omtalt i avsnitt 5.2.1.6. En del kommuner fester eiendommer, for deretter å fremfeste tomtene til selvkost til innbyggere som trenger et sted å bo. På den måten skaffer kommunene til veie et botilbud, uten å måtte ty til større investeringer. Kommuner kan også få tomten tilbake dersom de velger å feste bort tomten i stedet for å selge den.³⁵

Når det gjelder bolig- og fritidshus, har festerens stilling blitt styrket betydelig siden vi fikk vår første tomtfestelov i 1975. I motsetning til hva som er tilfelle i næringsforhold, der avtalefriheten råder, er regulering av festeavgift sterkt lovregulert for bolig- og fritidsfeste. Omfanget og innholdet av retten til forlengelse etter tfl. § 33 er ennå ikke avklart etter EMDs dom mot Norge 23. juni 2012 i saken Lindheim og andre mot Norge, men se midlertidig lov om forlengelse av feste til bolighus og fritidshus 14. desember 2012 nr. 89. Bortfesteren har heller ikke rett til å legge sterke føringer for festerens utøvelse av retten med mindre han betinger seg dette i avtalen. Dette er forhold som i utgangspunktet gjør det attraktivt å være fester. Å bortfeste tomten til bolig- eller fritidsformål fremstår derimot som mindre attraktivt i dagens marked. Det er gode priser på eiendom i Norge, og betalingsvilligheten ser ut til å være stor.³⁶ Det er selvsagt variasjoner rundt om i landet med en sterkere prisøkning i sentrale strøk.

Når det gjelder næringseiendommer kan det tenkes at bortfesteren ønsker seg en fast inntekt uten at han selv har noen interesse i å bygge ut og drive eiendommen. Samtidig vil han på et tidspunkt få eiendommen tilbake. Alt i alt kan feste bli sett på som en god handel for begge parter.

Skatteregler kan være en annen motivasjon. Realisasjon av eiendom utenfor virksomhet, er skattepliktig inntekt, jf. skatteloven (sktl.) § 5-1(2). Gevinst ved salg av eiendom, skal beskat-

³⁵ Lid 1961 s. 19-20. Se også Framlegg til lov om prestegarder og presteboliger : Fra Prestegardsutvalet av 1947, der det på s. 7-9 hevdes at det er bra for samfunnet dersom grunnen i tettbygde strøk tilhører det offentlige.

³⁶ Den gjennomsnittlige kvadratmeterprisen for en brukt enebolig var i 2009 kr 16 806 mens den i 2013 var 20 780. For nye eneboliger var gjennomsnittlig kvadratmeterpris kr 22 651 i 2009 mens den hadde økt til kr 29 423 i 2013. Tallene er hentet fra SSBs kvadratmeterprisstatistikk, publisert på ssb.no 28. april 2014. Hvis man ser på boligprisindeksen som går tilbake til 1992, ser man en firedobling av prisen for eneboliger fra 1992 til i dag.

tes som kapitalinntekt, jf. sktl. § 5-20. Ved innløsning av festet tomt, kan bortfesteren kreve betinget skattefritak, jf. sktl. § 14-72. Dette gjelder både tvungen og frivillig innløsning. Betingelsen er at inntekten reinvesteres i ny tomt for bortfeste eller i fast eiendom til bruk i virksomhet.

Dokumentavgift skal som hovedregel svares ved tinglysing av dokument som overfører grunnbokshjemmel til fast eiendom, jf. dokumentavgiftsloven § 6. Ved å feste en tomt, svarer ikke festeren dokumentavgift, hvilket han ville gjort ved kjøp.

Hvis vi går lenger tilbake i tid, kan vi se at Grunnloven (Grl.) § 19 har vært en kilde til splid. Grl. § 19 slår fast at Kongen forvalter statseiendommer, mens Stortinget må bestemme om statseiendom kan selges eller avhendes, jf. at eiendommen skal «anvendes og bestyres på den av Stortinget bestemte (...) måte».³⁷ På 1800-tallet ble salg av statseiendom som ikke var forelagt Stortinget, påtalt. Regjeringen stod imidlertid friere til å feste bort eiendom.³⁸ Det har antagelig vært årsaken til at staten har festet bort eiendom i tidligere tider. Det har vært praksis for at Regjeringen skal innhente samtykke ved festeavtaler, for eksempel avtaler med varighet på 99 år.³⁹

For tiden, hvor det er lave renter på lån, kan det spørres om det vil være gunstig å inngå festeavtale til bolig sammenlignet med å ta opp lån for å kjøpe eiendom. Gjeldsrenter kan også trekkes fra på skatten.

³⁷ Se for eksempel Fliflet 2005 s. 141-144.

³⁸ Lid 1961 s. 21. Det finnes praksis for at Kongen innhentet samtykke til å leie bort eiendommer som var i statens eie, jf. Stortingsforhandlinger 1830 b. 4 s. 120-121, og at Stortinget har påtalt bortfeste av eiendommer, jf. protokollkomiteens innstilling i 1848 post XIII. Lid mener at det her i realiteten var snakk om en endelig avhending og ikke feste.

³⁹ Lid 1961 s. 22.

2.4 «Kampen om grunnrenten»⁴⁰

Inntekten man får av å eie jord eller andre naturherligheter, som for eksempel vannfall, omtales ofte som grunnrente.⁴¹ Klarest viser dette seg dersom man eier en eiendom, men ikke bruker den selv, og får leieinntekter. Dersom man fester bort en tomt, er man sikret en grunnrente. Det er imidlertid klart at man får en grunnrente dersom man eier en eiendom og bruker den selv uten at bruken gir noen avkastning. Grunnverdien er på den annen side verdien av eiendommen ved omsetning, det vil si kjøp og salg.⁴²

Dersom man skal selge, får man realisert eiendommens grunnverdi. Grunnverdien vil ligge omtrent på samme nivå som grunnrenten kapitalisert med den vanlige rentefot under stabile økonomiske forhold. Dersom det imidlertid er knapphet på goder, samt betalingsvillighet i markedet, kan speulasjonskjøp drive grunnverdien høyere.

Dersom det er prisregulering på eiendom, vil man ved avhending av eiendommen tape grunnrenten for fremtiden. Det vil være en ulempe. I økonomiske oppgangstider uten prisregulering vil man få en bedre grunnrente, men det er et konkret spørsmål om det vil lønne seg å feste bort fremfor å selge. I Norge er det for tiden ikke utsikter til at det innføres en prisregulering for eiendommer.

I et festeforhold vil svaret på spørsmålet om hvor mye av grunnrenten som tilfaller bortfesteren, bero på hvilken reguleringsmetode man velger for festerenten. Dersom man lar festerenten ta utgangspunkt i tomtens verdiendring siden sist regulering, tilfaller hele grunnrenten grunneieren. Dersom man lar festerenten ta utgangspunkt i endringene i KPI-indeksen siden sist regulering, vil deler av grunnrenten presumptivt tilfalle festeren fordi KPI-indeksen de siste år har ligget lavere enn eiendomsprisene.

⁴⁰ Utsiktene til å få en grunnrente kan også være en årsak til at man ønsker å feste bort en eiendom. Når jeg likevel har skrevet om dette i et eget avsnitt, er det for å synliggjøre den underliggende interessekonflikten mellom grunneieren og festeren.

⁴¹ Se Stoltz i Store norske leksikon på nett, www.snl.no, i artikkel om «Grunnrente». Se også Eide 2008 s. 163.

⁴² Se Stoltz i Store norske leksikon på nett, www.snl.no, i artikkel om «Grunnverdi».

Dersom det er lengre tid mellom hver gang det gjøres en regulering av festeavgiften, vil en større del av grunnrenten tilfalle fester fordi avgiften vil ligge noe etter reguleringsindeksen. Dette vil gjelde så lenge indeksutviklingen er positiv. Bortfester vil få en større del av grunnrenten ved kortere reguleringsintervaller.

Kampen om grunnrenten er den egentlige tvisten som ligger bak spørsmålet om hvordan reguleringsbestemmelser skal tolkes.

3 Hvordan skal festeavgiften fastsettes og reguleres?

3.1 Avtalens utgangspunkt for avgiftens størrelse. Forholdet til innfestningspenger

3.1.1 Alment

Når partene skal avtale hvilken avgift som skal være utgangspunktet i kontrakten, må de forhandle om det.

Tidligere kunne det hende at bortfesteren tok innfestningsavgift (tilskott). Dette er nå forbudt etter tfl. § 6 med mindre pengene skal dekke kostnader ved opparbeidelse av vei, kloakk etc.⁴³

Dersom avgiften skal kunne reguleres, må det stå i kontrakten. Hvis det er gitt en reguleringsadgang, må man finne ut hvordan den skal reguleres. For eksempel kan partene ha avtalt at avgiftens størrelse skal avgjøres ved skjønn dersom de ikke blir enige. Til sist er det et spørsmål om hvor mye den skal opp eller eventuelt ned. Dette er selvsagt spørsmål som er gjenstand for tolkning.

Formålet bak en reguleringsbestemmelse vil være å sikre at bortfesterens ytelse kompenseres med et rimelig vederlag i fremtiden og å gi retningslinjer for hvordan reguleringen skal skje.

3.1.2 Gir kontrakten reguleringsadgang?

Dersom det ikke følger av kontrakten at det er adgang til å regulere avgiften, er utgangspunktet at partene ikke kan kreve at avgiften økes eller senkes. Dette må imidlertid være «tvill-aust» avtalt.⁴⁴ En reguleringsadgang vil ikke alltid være avtalt, men det må antas å være nokså

⁴³ Bestemmelsen skal verne festeren. Departementet så det slik at bortfester har en særlig sterk stilling ved inngåelse av festeavtaler, jf. Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) s. 45.

⁴⁴ Se Rt-2012-1393.

vanlig nå.⁴⁵ Manglende reguleringsadgang kan slå svært uheldig ut for bortfesteren i enkelte tilfeller. I dag kan slike avtaler tenkes lempet etter avtaleloven (avtl.) § 36.⁴⁶ Terskelen for revisjon i avtaleforhold mellom profesjonelle parter er imidlertid høy. Utgangspunktet er at avtaler skal holdes. Særlig sterkt må dette argumentet være der det er snakk om å revidere en avtale som følge av uforutsett utvikling.

Dersom det er reguleringsbestemmelse, er det vanlig at denne følger KPI-indeks eller tomteverdi. Det er imidlertid mulig å avtale andre reguleringsmetoder, for eksempel å si at avkastningen skal være i tråd med rentenivået eller en annen indeks, som for eksempel byggekostnadsindeks. Det vanligste er imidlertid uten tvil en regulering etter tomteverdi eller KPI. Derfor vil avhandlingen konsentrere seg om disse.

Når kontrakten opphører, kan partene forhandle om en ny avtale. Partene står da fritt til å avtale festeavgift uavhengig av den utløpte kontraktens bestemmelser. Dette er da ikke en ny regulering, men ny kontraktsinngåelse. Partene kan også avtale å videreføre kontrakten, men de er ikke bundet

3.2 Regulering av avgift

3.2.1 Innledning

Når partene avtaler reguleringsadgang, må det fastslås hvordan dette skal gjøres. Beregningsmetoden er ikke nødvendigvis avtalt selv om det er avtalt at partene skal kunne regulere avgiften. Siktemålet med dette avsnittet er blant annet å illustrere hvilke alternativer partene har når beregningsmetoden skal bestemmes.

Partene kan for eksempel bestemme at avgiften skal reguleres i takt med tomteverdien, utviklingen av konsumprisindeksen eller en slags kombinasjon. I prinsippet kan man velge å følge hvilken som helst indeks man ønsker, men dette bør være et reflektert og overveiet valg. Tid-

⁴⁵ Inflasjon er et velkjent fenomen. At priser stiger og synker, også for blant annet næringseiendom, kan man ikke være ukjent med. For næringseiendom kan imidlertid en lang rekke andre faktorer enn inflasjon påvirke prisutviklingen. Denne behøver ikke å være lik prisøkningen i resten av samfunnet.

⁴⁶ Se Rt-1988-276 (Røstad), Rt-1988-295 (Skjelsvik) og Rt-1995-674 til illustrasjon.

ligere har man for eksempel latt avgiften beregne på grunnlag av kornverdi, kapiteltakst.⁴⁷ Å la avgiften styres av tomteverdiens utvikling eller konsumprisindeksen vil som regel være overveiet fra partenes side, men kan ha betenkelige sider.

Tidspunktet for regulering bestemmes av avtalen.

3.2.2 Regulering etter konsumprisindeks

Når man beregner avgift etter KPI, tas det utgangspunkt i tomtens verdi slik den var ved sist avgiftsregulering eller ved kontraktsinngåelsen, og beregner nåverdien i samsvar med endringen i KPI-indeksen som har vært siden sist regulering. Som et eksempel kan det vises at kr 1000 i 2003 i dag tilsvarer kr 1189,72. Det tilsvarer en prisøkning på 19 %.⁴⁸

Konsumprisindeksen (KPI) utarbeides av Statistisk sentralbyrå. Strengt tatt vil reguleringsbestemmelser som benytter KPI som utgangspunkt for fastsettelse av festeavgift basere seg på endringer i pengeverdien. KPI er et mål for inflasjonen. Den sier hvordan husholdningenes kjøpekraft utvikler seg.

Erfaringen fra de siste år er at pengeverdien faller, slik at man over tid får mindre kjøpekraft per krone. Derfor kan det ha vært gunstig for festeren å kontraktsfeste regulering i samsvar med KPI der tomteprisen har økt mer enn kjøpekraften. For næringsdrivende festere kan det tenkes at KPI ikke er et godt mål for beregning av festeavgift, da utviklingen i markedet for næringstomter må antas å være en annen enn utviklingen i pengeverdien. Dette kommer an på for eksempel eiendommens beliggenhet og andre faktorer som er spesielle for bransjen den næringsdrivende opererer i.

En regulering etter konsumprisindeksen vil ikke være noe mer enn en kompensasjon for fall i pengeverdi. Den vil dermed ikke gi noen fortjeneste, men bare kompensere bortfesteren for at han ikke råder over pengene selv.

⁴⁷ Se Lid 1961 s. 124

⁴⁸ Beregnet etter SSBs priskalkulator.

3.2.3 Regulering etter tomteverdi

Avgiften reguleres ofte i samsvar med tomteverdiens utvikling. Festeavgiften skal gi en rimelig avkastning av verdiene tomten representerer.⁴⁹ I Rt-2001-149 var det avtalt at reguleringen skulle gjøres etter tomteverdien. Høyesterett uttalte at reguleringen skulle gjenspeile eiendommens verdi og den normale og rimelige avkastning grunneier ville få dersom han plasserte pengene på en annen måte.

Det beregnes en festerente som multipliseres med tomteverdien slik at summen angir festeavgiftens størrelse. For en tomt som er verdt kr 100 000 vil for eksempel en 5 % festerente føre til en avgift på kr 5000. Dette avsnittets formål er å redegjøre for hvordan man går frem her.

3.2.3.1 Beregning av tomteverdien

Ved regulering etter tomteverdi tar man utgangspunkt i tomtens verdi ved reguleringen og beregner avgift på dette grunnlag. Avgiften er en gitt prosentrente av tomteverdien.⁵⁰

Formålet med dette avsnittet er å redegjøre for hvordan domstolene beregner tomteverdien.

Beregningen av tomteverdien må ta utgangspunkt i hva det kan antas at en vanlig kjøper ville gi for tomten ved frivillig salg. Spekulasjonskjøpere tas ikke med i betraktningen.⁵¹ Som regel er tomten festet bort som en råtomt. Dette må imidlertid avgjøres av domstolene ved tolkning. Ved beregning av råtomtverdi tas det naturlig nok ikke hensyn til bygningene som står der.

Det kan tenkes ulike verdsettelsesprinsipper for å finne tomtens verdi. Den enkleste er antagelig å sammenligne tomten med andre tomter, men for blant annet næringstomter kan dette være en utilstrekkelig metode, jf. under. Videre kan det være aktuelt å se på mulighetene for å utvide den totale «belastningen» på tomten, jf. det såkalte «tomtebelastningsprinsippet», jf.

⁴⁹ Se for eksempel Rt-2001-149. Dette var utgangspunktet i den opphevede tomtefesteloven 1975 § 13 (lov 30. mai 1975 nr. 20 om tomtefeste) og må fortsatt være det gjeldende utgangspunkt, se for eksempel Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) s. 16. Selv om loven ikke gjaldt feste til andre formål enn bolig- og fritidshus, er dette hovedregelen som legges til grunn i dag, se under.

⁵⁰ Fastsettelse av rente blir omtalt under avsnitt 3.2.3.2.

⁵¹ Se for eksempel LB-2010-132775.

for eksempel LA-2008-76582. Dette er en praktisk metode for å finne verdien av næringseiendom. Tomteverdien bestemmes da ut fra differansen mellom markedsverdi av fullt utbygget tomt og entreprisekostnader inkludert fortjeneste (eksklusiv tomtekostnad) fordelt per kvadratmeter bebygget gulvareal. Kjellerarealet er unntatt med mindre det er en vesentlig del av arealet eller har høy verdi, jf. nevnte dom.

Det kan spørres hvordan dette forholder seg til det erstatningsrettslige differanseprinsippet. Differanseprinsippet baserer seg på at skadelidte skal ha erstatning som tilsvare differansen mellom den økonomiske tilstand etter at tapet inntraff og et hypotetisk hendelsesforløp der den skadevoldende handling ikke hadde skjedd.⁵² Det er imidlertid et litt unøyaktig utgangspunkt da man for eksempel kan tenke seg flere hypotetiske hendelsesforløp, blant annet ved ekspropriasjon, jf. diskusjonen om gjenanskaffelsesverdi kontra utnyttelsesverdi.⁵³ Differanseprinsippet er forstått slik at man skal legge til grunn det mest nærliggende alternative hendelsesforløp som norm for erstatningsutmåling. Tomtebelastningsprinsippet baserer seg på at tomten skal verdsettes ut fra en hypotetisk situasjon der det spørres hvilken utnyttelse bortfester kan gjøre av tomten. Dette samsvarer med differanseprinsippet.

Ved beregning av tomteverdi er det vanlig at tomtens verdistigning som følge av festerens tiltak blir trukket fra. Det er imidlertid ikke gitt at man får trukket dette beløpet fra krone for krone, jf. for eksempel RG-2009-601.

I RG-2009-601 stod tvisten om fastsettelse av eiendommens verdi i forbindelse med fastsettelse av festeavgift. Bortfester var Oslo kommune som festet bort til Storebrand Filipstad AS. For å få festet og bygget på eiendommen, måtte Storebrand utføre diverse tiltak, blant annet opparbeide sykkelvei og rive eksisterende bebyggelse. Storebrand anførte at tiltakene, oppjustert med byggekostnadsindeks med tillegg av MVA, måtte komme til fradrag krone for krone. Slik ble det gjort ved fastsettelsen av festeavgift i 1992. Lagmannsretten krevet «klare holdpunkter» for dette i kontrakten. Storebrand hadde anført at reguleringsbestemmelsen måtte leses i sammenheng med avtalepunktet der Storebrand fikk fradrag for tiltaksutgiftene ved fastsettelsen av innledende avgift. Selv om kommunen til en viss grad hadde subsidiert avgiften, kunne ikke det lede til at subsidieringen skulle vare i hele festeperioden, det vil si 80 år.⁵⁴ Lagmannsretten mente dermed at hvor stor verdiøkning de enkelte tiltak hadde tilført tomten

⁵² Se Hellner 2001 s. 236.

⁵³ Se Hellner 2001 s. 240.

⁵⁴ Lignende argumentasjon kan man spore i Rt-2007-651, som er omtalt under avsnitt 4.5.

måtte bestemmes ut fra et skjønn. Når det gjelder selve verdsettelsen av tomten, kan det være verdt å merke seg at retten la til grunn at også tiltak som var en forutsetning for et direkte verdiøkende tiltak (veibygging) måtte sies å ha en verdiøkende effekt.

Fra husleierettens område kan hentes et nokså nytt eksempel som kan kaste lys over spørsmålet om hvordan festerens/leierens tiltak kan komme til fradrag, se Rt-2014-551. Leietageren hadde oppgradert blant annet loftsarealet i leiligheten. Striden stod om leien for dette arealet. Høyesterett måtte først ta stilling til hva som var «gjengs leie» før det skulle avgjøres hvordan leietagerens forbedringer og innsats skulle komme til fradrag jf. husll. § 4-3.

Førstvoterende, dommer Bergsjø, med tilslutning fra de øvrige dommere, tok utgangspunkt i at «gjengs leie» skulle reflektere et allerede etablert nivå for tilsvarende husrom på lignende vilkår. Husll. § 4-3(1) 2. pkt. bestemmer at man skal se bort fra den del av leieverdien som skyldes leiers forbedringer og innsats.⁵⁵ I forarbeidene legges det opp til en årsaksvurdering. Det er den del av verdien som leietageren står for som skal gå til fradrag.⁵⁶ Hensynet bak regelen er at leietageren skal slippe å betale dobbelt, et hensyn som for øvrig er relevant ved fastsettelsen av tomteverdien og som jeg kommer tilbake til under.

Dommer Bergsjø oppsummerte sitt syn slik at fradraget skal fastsettes konkret og skjønnsmessig med sikte på at leietageren skal slippe å «betale for fruktene av egen innsats» (avsnitt 32).⁵⁷ Dommer Bergsjø uttalte at man må ta utgangspunkt i et bredt skjønn der «den relative verdiinnsats» vil ha betydning (avsnitt 38). Andre momenter, som beliggenhet, gårdens tilstand og så videre, skal ikke gå til fradrag. Leietagerens bidrag skal dermed holdes opp mot andre momenter som ikke kan relateres til ham. Konkret kunne man se hen til hvor mye det eksisterende bygg reduserte byggekostnader for leiligheten sammenlignet med kostnader for nybygg.

⁵⁵ Se NOU 1993:4 s. 134.

⁵⁶ Se Ot.prp. nr. 82 (1997-1998) s. 176.

⁵⁷ Høyesterett fant også en viss støtte i Rt-1997-1109, der leietager hadde foretatt betydelige investeringer i et uinnredet lokale. Høyesterett mente at leietakers investeringer måtte holdes utenfor slik at lokalenes stand før investeringene ble lagt til grunn ved markedsreguleringer.

Hensynene som nevnes i dommen er de samme som gjør seg gjeldende ved verdiberegning i festesaker. Festeren skal slippe å betale dobbelt for tiltakene han selv har stått for.

Skal samfunnsskapt verdistigning tas med i beregningen? To lagmannsrettsdommer som berører spørsmålet, kan sies å gå i hver sin retning. Det kan først vises til Hålogaland lagmannsretts avgjørelse LH-2012-16666-1. Lagmannsretten konkluderte med at de virkningene industrivirksomheten hadde hatt for tomteprisene i Vefsn kommune vanskelig kunne tenkes borte når virksomheten hadde vært der i 55 år. Det har formodningen mot seg at partene avtaler at det skal gjøres fradrag for virksomhetens noe mer indirekte betydning for økt tomtepris. Dersom det etableres en næringsvirksomhet på en festetomt som har positive ringvirkninger for lokalsamfunnet som igjen fører til økt tomteverdi på festeeiendommen, inngår dette i vurderingen.

På den annen side finner man Hålogaland lagmannsretts avgjørelse LH-2014-47127. Det kan spørres om denne går i motsatt retning. Statskog hadde i tvist med Avinor anført at verdien som var skapt av at det ble tillatt og drevet flyplass på tomten måtte inngå i tomteverdien. Lagmannsretten mente imidlertid at også dette måtte ses som verdiøkning festeren hadde tilført tomten fordi verdien kunne føres tilbake til tiltak utført av festeren og dennes rettsfor-gjengere.

I LH-2012-16666-1 la lagmannsretten til grunn at det ville bli vanskelig å praktisere et skjønn som sa at virkningene av virksomheten skulle tenkes borte. I LH-2014-47127 mente imidlertid lagmannsretten at verdiøkning knyttet til etablering av flyplass måtte holdes utenfor tomteverdien. Man kan da stille spørsmål om hvordan man skal klassifisere verdiøkning som følge av det er gitt tillatelse til en type virksomhet. Tillatelse er en forutsetning for bruken, men samtidig kan saken ses slik at verdien egentlig stammer fra tillatelsen dersom bruken er avhengig av at fester fører opp anlegg og bygninger.

Vurderingstemaet er dermed om man skal se verdien som en samfunnsskapt verdistigning som følger av tillatelsen, jf. for eksempel LH-2012-16666-1, eller om den følger av at det faktisk er satt opp anlegg mv. Utgangspunktet i ekspropriasjon er at verdistigningen som skyldes samfunnsskapt verdistigning skal inngå som grunnlag i erstatningssummen. Man kan

se det slik at tillatelsen er et gode for bortfester, da den er knyttet til hans eiendom. Bortfesteren blir dermed rettighetshaveren til utnyttelsesmulighetene, jf. resonnementet i Rt-2012-808 (avsnitt 49 og 50), se petitavsnittet under.

Rt-2012-808 gjaldt en tvist om fallrettigheter i et vassdrag som dels var skapt og dels hadde fått økt vannføring som følge av overføring av vann fra et annet vassdrag. Spørsmålet var om rettighetene tilkom grunneier eller den som sørget for overføringen. I premissene ble det blant annet vist til oreigningslova (orvl.) § 5(3), der det står at verdiendringer som skyldes ekspropriasjonstiltaket, investeringer eller virksomhet som har direkte sammenheng med dette ikke tas hensyn til. I bestemmelsens fjerde ledd står det at det ikke skal tas hensyn til verdiendringer som skyldes andre investeringer som eksproprianten har gjennomført de siste ti år før hovedforhandling i underskjønnet. Førstvoterende, dommer Bull, mente at dette viste at det ulovfestede utgangspunktet dermed var at dette egentlig var verdier på grunneiers hånd. Bestemmelsen ville vært overflødig dersom dette ikke var verdier som skulle tilkomme grunneieren. Av dette måtte det følge at grunneier blir rettighetshaver til utnyttelsesmuligheter han ikke har ytet noen innsats for å skape. Det er ikke inntatt noen bestemmelser i orvl. § 5(3)(4) om at verdier som følger av at man har rettigheter skal unntas.

En slik betraktningsmåte kan ha overføringsverdi til verdiberegningen i reguleringssaker. Når lovgiver i ekspropriasjonssaker har gjort de unntak som er nevnt, er det blant annet for at den det skal eksproprieres til fordel for skal slippe å betale dobbelt. Et tilsvarende synspunkt er det rimelig å innta når det gjelder investeringer i festeeiendommer.

Reglene i orvl. § 5 er nødvendige dersom man ser nærmere på hva som følger av det å ha eiendomsrett til noe. Det må være lov til å utnytte de ressurser som står på ens egen eiendom og også nyte godt av disse i andre sammenhenger. De verdier som oppstår på eller tilføres grunneiers eiendom er i utgangspunktet verdier på hans hånd, selv om de ikke nødvendigvis er beskyttet av Grl. § 105.⁵⁸

Et annet viktig moment må antagelig være regelens praktiske virkninger. Etter min mening vil en regel om at samfunnsskapt verdistigning skal holdes utenfor være vanskelig å praktisere, særlig der festeforholdet har bestått over lang tid. I en verdivurdering vil det alltid være usikre momenter, men å forsøke å identifisere hvilken verdiøkning som eventuelt følger av at det drives en virksomhet på stedet vil ikke bidra til å gjøre verdivurderingen noe lettere. Som et utgangspunkt bør man derfor trekke fra verdiøkning som skyldes festers mer direkte tiltak på tomten.

⁵⁸ Se Rt-2012-808 avsnitt 49.

Vurderingstemaet i de to lagmannsrettsdommene er noe forskjellig. I 2014-dommen tok lagmannsretten utgangspunkt i den gamle tomtefesteloven § 14(2), mens retten i 2012-dommen vurderte hvilke verdiøkninger som skyldtes festerens «egne foranstaltninger» på eiendommen. Tomtefesteloven 1975 § 14(2) bestemte at det skulle gjøres fradrag for «verdauke som festaren har tilført tomta, med eigne tiltak (...)». På den annen side er det klart at begge vurderingstemaer bygger på samme hensyn. Da er det noe underlig at retten i LH-2014-47127 kan lande på at «all verdiøkning knyttet til etableringen av flyplassen holdes utenfor tomteverdien». Selv om «samfunns-kapt verdistigning» på en eller annen måte kan tilbakeføres til virksomheten, må det trekkes en grense for hva et tiltak kan sies å ha gitt av verdiøkning. Det er lettest å trekke denne grensen ved de direkte inngrep på tomten. I tillegg til å sikre forutberegnelighet, kan et slikt utgangspunkt også forsvares hvis en ser til tomtefesteloven 1975 § 14(2) 1. pkt. in fine, der det står «verdauke [som er tilført tomta ...] med tilskot til tiltak som er gjort av andre». Det er dermed klarere at verdiøkningen knyttes til de tiltak man selv har betalt for. Hertil kommer at tidligere reguleringsbestemmelser i avtaler der staten og andre offentlige institusjoner står som bortfester, er «egne foranstaltninger» eksemplifisert som oppdyrking eller «andre forbedringer av parsellen».⁵⁹

Formålet med avtalen er som regel å sikre bortfester en rimelig avkastning av tomten. I enkelte tilfeller vil en reguleringsplan kunne sette en stopper for det. Reguleringsplaner ser fremover og kan dermed endre områdets karakter. For eksempel kan et villaområde omreguleres til utbygging for skole og barnehage. Med utgangspunkt i avtalens formål, vil det være naturlig å se bort fra de verdibegrensninger reguleringsplanen legger på eiendommen. Dette er i samsvar med tankegangen i Rt-1996-521 (Lena-dommen), der det ble bestemt at man ved ekspropriasjon til offentlig vei på grunnlag av reguleringsplan eller veiplan, i verdsettelsen ser bort fra rådighetsinnskrenkningen som følger av planen. Deretter går man bort over til å bestemme alternativ, påregnelig utnyttelse av tomten, se for eksempel RG-2002-1475 (Hålogaland).

Påregnelig, alternativ utnyttelse av tomten kan også ha betydning for tomteverdien. I dom inntatt i Rt-2008-1628 slo Høyesterett fast at verdsettelse kan skje med utgangspunkt i påregnelig alternativ utnyttelse av området.

Hva som skal ses som påregnelig må vurderes i den konkrete sak. Dette er i høy grad et bevis-spørsmål. Utgangspunktet er den nåværende utnyttelse hvor reguleringsplaner spiller inn. For å belyse spørsmålet om alternativ bruk, kan faktiske opplysninger fra tidspunktet avtalen ble inngått på tjene som bevis. I LB-2006-50459 la Borgarting lagmannsrett til grunn at den al-

⁵⁹ Lid 1961 s. 126.

ternative bruken til skoletomt ikke ville ha vært boliger, blant annet fordi det var et sterkt behov for skole i området. Friområde virket som en sannsynlig utnyttelsesmåte. Det ble vist til de faktiske omstendigheter fra tidspunktet før og rundt kontraktsinngåelsen. Verken avtalen, ekspropriasjonsrettslige prinsipper eller strøksprinsipp kunne gi grunnlag for å fravike avtalens utgangspunkt. Tomten hadde ingen egentlig markedsverdi. Retten falt da tilbake på den deklarasjonsregelen i tfl. §15(3) om at regulering skal skje på grunnlag av pengeverdien.

3.2.3.2 Beregning av festerenten

Bortfester skal sikres en «normal, rimelig avkastning av de verdier festearealet representerer dersom arealet var blitt solgt og pengene plassert på en annen måte».⁶⁰ Etter tomtefesteloven 1975 § 13 skulle avgiften fastsettes under hensyn til rentenivået. Dette må regnes som en hovedregel i dag også, både for bolig- og fritidsfeste og for feste til andre formål.⁶¹ Man antok at en slik regel heller ikke var i strid med avtalepraksis da denne ble innført i 1975-loven.⁶² Retten skal forsøke å finne hva som vil være den økonomiske avkastning på lang sikt.⁶³

Renter omtales populært som «prisen for penger». Man skiller mellom nominell rentesats og realrentesats. Komponentene i den nominelle rentesats er:⁶⁴

- A) kompensasjon for likviditetsavståelse
- B) kompensasjon for likviditetsbinding
- C) kompensasjon for forventet inflasjon
- D) kompensasjon for administrasjon av investering
- E) kompensasjon for usikkerhet ved investering

Den nøyaktige utregningen av nominell rente er realrente + prisstigningstakt + realrente*prisstigning.⁶⁵ Den nominelle rente er dermed litt større enn realrenten så lenge realrenten og prisstigningstakten er positiv. Den nominelle rente inneholder en komponent som justeres i

⁶⁰ Jf. Rt-2001-149.

⁶¹ Se for eksempel Rt-2001-149, som gjaldt feste til bolig, og Rt-2004-181, som riktignok gjaldt fastsettelse av første gangs avgift.

⁶² Se Ot.prp. nr. 2 (1974-1975) s. 74.

⁶³ Se for eksempel LA-2007-110858.

⁶⁴ Se Eide (1995) s. 356.

⁶⁵ Se Hylland (1995) s. 42-43.

takt med forventede endringer i det generelle prisnivået. Årsaken til at den nominelle renten ikke bare er realrente + prisstigningstakten er at også realrenten må kompenseres for inflasjon. For små tall gir ikke dette noen nevneverdig forskjell, men det får utslag for store tall.

Som vi ser må kreditoren også ta høyde for inflasjon. Dette byr på problemer ved fastsettelsen av rente, og skal drøftes under i avsnitt 3.2.4.

Realrentesatsen inneholder ikke kompensasjon for forventet inflasjon. Realrenteformelen skulle dermed bli $(\text{nominell rente-inflasjon})/(1+\text{inflasjon})$.

Ved fastsettelsen av festerente, skal ikke retten se hen til arealet og bruken av det.⁶⁶ Årsaken er at dette er tatt hensyn til ved beregning av tomteverdien.

Hva som er rimelig og normal rente må vurderes konkret med blikk til alternative investeringer av pengene. Det må imidlertid være investeringer det er naturlig å sammenligne med. Festeforhold er som regel langvarige. Dessuten er festeavgiften en sikker inntekt, jf tfl. § 14, der bortfesteren gis pant i festeretten og tomtens byggverk for avgiften de tre siste år.⁶⁷ I rettspraksis finnes det eksempler på at man har tatt utgangspunkt i rentesatsen for norske statsobligasjoner eller «bankinnskudd på spesielle vilkår».⁶⁸ Også for beregning av rente er det vanlig å sammenligne den konkrete sak med lignende forhold.⁶⁹

Påregnelige renteendringer må tas med i beregningen, men rentenivåets utvikling er det vanskeligere å si noe sikkert om jo lenger reguleringsintervallet er. Man må ta utgangspunkt i rentenivåets utvikling frem til fastsettelse av ny rente og samtidig se hen til de prognoser og antagelser om det fremtidige rentenivået.⁷⁰

⁶⁶ Se Rt-2001-149.

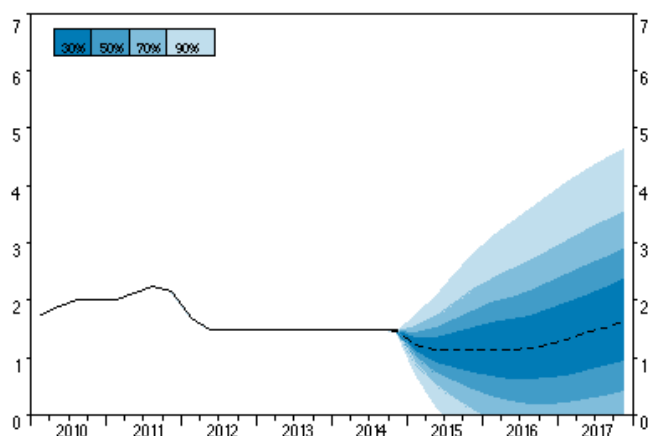
⁶⁷ Panteretten må tinglyses for å få rettsvern, jf. pantel. § 6-1(4) 2. pkt. Det er derfor et svakt legalpant. Se forøvrig Falkanger 2013 s. 308-309.

⁶⁸ Se Rt-2004-181.

⁶⁹ Se for eksempel Rt-2004-181 avsnitt 51. Et nyere eksempel finnes i Borgarting lagmannsretts dom LB-2013-108942.

⁷⁰ For et praktisk eksempel, se LH-2012-16666-1.

Kilder som domstolene tar til hjelp i denne sammenheng er for eksempel Norges Banks styringsrente og renten for norske statsobligasjoner.⁷¹ Styringsrenten har de siste par år vært på et historisk lavt nivå.⁷² Fra 11. desember 2014 har den ligget på 1,25 %.⁷³ Anslag fremover viser at det er sannsynlig at den holder seg på et lavt nivå med en antatt økning fra midten av 2016:



Anslaget er hentet fra Pengepolitisk rapport

nr. 4/14. Prosentanslagene er uttrykk for den sannsynlige utvikling.

En oversikt over årsgjennomsnittet av renten for norske statsobligasjoner viser at renten de siste år har vært synkende, men at det fra 2012 til 2013 var en økning.⁷⁴

	2013	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	2003	2002	2001	2000	1999
3 år	1,63	1,44	2,24	2,46	2,71	4,53	4,79	3,74	2,90	2,95	4,24	6,39	6,44	6,61	5,39
5 år	1,93	1,59	2,56	2,83	3,33	4,43	4,77	3,90	3,27	3,61	4,58	6,36	6,31	6,38	5,39
10 år	2,58	2,10	3,12	3,52	4,00	4,47	4,78	4,07	3,74	4,36	5,04	6,38	6,24	6,22	5,52

⁷¹ En obligasjon er et rentebærende papir. Statsobligasjonene utstedes vanligvis med en løpetid på mellom 2 og 11 år, jf. informasjon på www.norges-bank.no.

⁷² Styringsrenten er renten som Norges Bank setter ved innskudd fra eller lån til bankene.

⁷³ Den 28.10.14 satte Sveriges Riksbank sin styringsrente til 0 %. Riksbanken antar at det først i midten av 2016 kan bli aktuelt å heve renten igjen. Hvis man sammenligner dette med Norges Banks anslag for rentebanen, ser man at bankene vurderer den fremtidige økonomiske utvikling nokså likt. Det er likevel ekstraordinært med en rente på 0 %. Sveriges inflasjon ligger på tidspunktet for denne rentefastsettelsen på -0,4% mot det fastsatte mål på 2 %. Se www.riksbank.se.

⁷⁴ Årsgjennomsnitt av rente for norske statsobligasjoner tilbake til 1986 finnes på Norges Banks nettsider, www.norges-bank.no.

Oversikten illustrerer at jo mer langsiktig obligasjonen er, jo høyere er renten. Årsaken er at det er vanskeligere å spå hva renten vil være i lange tidsintervaller.

Selv om man ved fastsettelse av festeavgiften skal ta hensyn til fremtidig renteutvikling, må partene (eller retten dersom denne skal avgjøre saken) ta hensyn til perioden fra regulering skulle ha funnet sted til man kom til enighet. I Borgarting lagmannsretts avgjørelse LB-2010-85899 hadde halve perioden forløpt før retten avsa dom. Gjennomsnittet av 10 års statsobligasjonsrente i perioden var 4,09 %. Dette ble lagt til grunn. I LH-2012-16666-1 la lagmannsretten «spesiell vekt» på statsobligasjonsrenten i de årene som hadde gått fra avgiften skulle ha vært regulert og frem til tidspunktet for skjønnet.

Når det foreligger et langt reguleringsintervall, skal det antagelig mer til for å fravike langtidsrenten som gjaldt på reguleringstidspunktet.⁷⁵

Det er vanlig å gi et påslag for risiko og administrasjon, men hvordan domstolene beregner dette påslaget er det vanskelig å si noe om. For eksempel tar man utgangspunkt i statsobligasjonsrenten på tidspunktet for reguleringen og legger til noen prosent. I LB-2013-46776, som gjaldt regulering i en avtale med et reguleringsintervall på 25 år, viste retten til at renten for 10 års statsobligasjoner var på 4,47 % ved tidspunktet for regulering. Riktig festerente ble ansett for å være 5 %. For tiden er det ikke uvanlig at domstolene lander på en fem prosents festerente, jf. kapittel 5.

Domstolene multipliserer deretter renten med verdien man har kommet frem til. I dom inntatt i Rt-2004-181 inneholdt en kontrakt et inflasjonselement der avgiften skulle reguleres i samsvar med endringene i KPI. Retten tok utgangspunkt i nominell langtidsrente, men gjorde fradrag for forventet inflasjon. Fester hadde anført at retten måtte fastsette en realrente, det vil si en nominell rente med fradrag for inflasjonselementet. Årsaken var at inflasjonen ivaretas i beregningen av selve reguleringsgrunnlaget.⁷⁶ Høyesterett fant imidlertid ikke støtte i forarbeidene for et slikt syn og avviste anførselen. De beveggrunner Høyesterett bygget sitt syn på er problematiske i et økonomisk perspektiv. Dette vil drøftes bredere i avsnittet under.

⁷⁵ Se for eksempel Borgarting lagmannsretts avgjørelse LB-2013-46776.

⁷⁶ Se Eide (1984), særlig s. 509-512.

3.2.4 Festerente og inflasjon. Skal domstolene ta høyde for inflasjon?

Det kan spørres om den metode domstolene benytter for å fastsette festerente er korrekt. Når bortfester skal sikres en normal og rimelig avkastning, skal han ha nettopp dét og ikke noe mer. Høyesterett har fått kritikk for å fastsette en for høy rente i saker der fremtidige beløp skal diskonteres til et engangsbetrag i nåtid. Dette gjelder også i festesaker. Et eksempel er kritikk fra professor Erling Eide.⁷⁷ Senest i januar 2014 fremsatte en gruppe professorer ved Norges Handelshøyskole en høringsuttalelse i forbindelse med NOU 2013:11 Festekontrakter og folkerett, der de uttaler at rentesatsen som legges til grunn for beregning av festerenten er feil.

Kritikken gjør gjeldende at domstolene, med Høyesterett, i spissen ikke har tatt hensyn til inflasjon ved fastsettelse av kapitaliseringsrenten på riktig måte, slik at bortfester kompenseres dobbelt for inflasjonen dersom kontrakten inneholder et indekselement. Dette gjelder ikke bare i tomtfestesaker.⁷⁸ Særlig betydning kan en slik regnefeil ha fått i forsikrings- og ekspropriasjonssaker, der antallet saker må antas å ha vært mye større. Jeg tar sikte på å behandle spørsmålet om rente og inflasjon under. Jeg vil først si litt om hva rente- og inflasjonsbegrepene innebærer. Deretter vil jeg gjengi hva Høyesterett har bygget på i sin argumentasjon før jeg nærmere gjennomgår kritikken som er fremsatt mot denne.

Høyesterett i storkammer har nylig avsagt dom i en sak om kapitaliseringsrente i en skadeserstatningssak, se Rt-2014-1203, der en realrentesats på 4 % ble lagt til grunn. Det kan dermed sies at Høyesterett har kommet kritikerne i møte. Jeg vil drøfte dommen nærmere i avsnitt 3.2.4.7 og 3.2.4.8.

⁷⁷ Erling Eide har flere ganger fremført kritikk mot Høyesteretts fastsettelse av kapitaliseringsrente. Se for eksempel Eide (2004) s. 10-11, og videre Eide (2011) s. 125-162. Sist også Eide (2014).

⁷⁸ Det er neppe en overdrivelse å si at dette er en «miscarriage of justice» i sivile saker. Domstolenes avgjørelser er veiledende for andre. Det er antagelig ikke mulig å anslå i hvor mange forsikrings- og ekspropriasjonssaker gal rentesats har blitt lagt til grunn.

3.2.4.1 Rente og inflasjon – hva er dette?

Når retten fastsetter festerenten, fastsetter den en kapitaliseringsrente. Kapitaliseringsrenten bidrar til å finne nåverdien av fremtidig verdistrøm. Når retten gjør dette, skal den i realiteten finne hvordan fremtidig avkastning kan neddiskonteres (omregnes) til et engangsbetrag.

Under avsnitt 3.2.3.2. har jeg kort nevnt noen faktorer som relevante når rente generelt skal fastsettes. Festerenten skal sikre bortfester en rimelig avkastning dersom pengene var plassert på en annen måte. Når domstolene fastsetter festerenten, tas det utgangspunkt i styringsrente og rente for norske statsobligasjoner og gjøres et tillegg for risiko og administrasjon, slik gjennomgangen over har vist. Det gjøres imidlertid ikke et fradrag for inflasjon. Når det er snakk om hva slags type rente som skal anvendes, kan man snakke om en nominell rentesats og en realrentesats. Den nominelle rentesats inneholder en kompensasjon for inflasjon. Realrenten består av de resterende komponentene. Som det skal vises nærmere under, har domstolene tidligere ikke beregnet realrente på riktig måte eller fastsatt festerenten basert på en nominell rente.

Inflasjon er fall i pengeverdien. Prisene stiger. Det motsatte er deflasjon. Da øker pengeverdien og prisenivået blir lavere. Norges Bank styrer etter et inflasjonsmål på 2,5 %. ⁷⁹ De siste fire årene har det vært stabilitet i inflasjonen. Anslag for de neste årene viser at inflasjonen vil bli liggende noe under målet i 2015, før man antagelig vil se en høyere inflasjon i 2016. ⁸⁰

For festeavtaler der avgiften reguleres etter pengeverdi eller tomteverdi kan en nominell festerente bli problematisk fordi verdien festerenten beregnes av ikke reduseres som følge av inflasjon. Det er viktig å understreke at bortfesteren ved hver regulering vil få kompensert

⁷⁹ Fastsatt i forskrift om pengepolitikken 29. mars 2001 nr. 278 § 1. Mer nøyaktig skal pengepolitikken styres etter et operativt mål om årsvekst i konsumprisene som over tid er nær 2,5 %.

⁸⁰ Se Pengepolitisk rapport nr. 4/14, s. 18. I Pengepolitisk rapport nr. 3/14, ble det antatt at inflasjonen ville ligge noe under målet på 2,5 % de neste årene, men en svekkelse av kronen tilsier at inflasjonen holder seg oppe, se Pengepolitisk rapport nr. 4/14 s. 6. Prisveksten i Europa og USA har i 2014 vært lavere enn antatt, se for eksempel Pengepolitisk rapport 3/14 s. 7. Det er kanskje ikke en umiddelbar fare for deflasjon i eurosonen, men det er et faktum at inflasjonsmålene til flere europeiske land ikke nås. Den europeiske sentralbanken styrer etter et inflasjonsmål på 2 %, mens eurosonen hadde en inflasjon på 0,3 % i september 2014, i følge tall fra Eurostat, tilgjengelig på epp.eurostat.ec.europa.eu/. På den tiden lå inflasjonen i eurosonen på 0,8 %.

fallet i pengeverdi. Det gjelder både ved pengeverdiregulering og tomteverdiregulering. Festeren vil også få kompensert eiendommens eventuelle verdistigning ved tomteverdiregulering, se avsnitt 3.2.4.5, der jeg underbygger dette bredere. En økning av tomteverdien vil bestå av tomtens reelle verdiøkning og økning som følge av fallet i pengeverdi.

Inflasjonsproblemet ved fastsettelsen av renten kan forklares ved bruk av et eksempel. For enkelhets skyld bruker jeg et lite tall, 100 kroner, som grunninvestering/tomtens verdi. En 5 % avkastning/festeavgift av denne summen vil være 5 kroner. På grunn av inflasjon, 2,5 %, vil verdien av denne reduseres til kr 97,5 neste år med mindre inflasjonen kompenseres, enten i form av KPI-regulering eller i form av regulering i samsvar med endring i tomteverdi.⁸¹ Hvis dette gjøres, kan vi si at grunninvesteringen øker til kr 102,5. En nominell 5 % rente vil inneholde kompensasjon for inflasjonen. Dersom renten beregnes på grunnlag av det justerte beløpet, vil man ha fått en inflasjonskompensasjon i grunnbeløpsjusteringen og i renten. Med andre ord kan en regulering av grunnbeløpet være tilstrekkelig for å kompensere for inflasjon. Kritikken mot hittil gjeldende praksis vil utdypes under i avsnitt 3.2.4.4.

Eksempelet viser at en bortfester som har et hyppigere reguleringsintervall vil få en noe høyere avkastning av sin investering. Ved større reguleringsintervaller, vil noe av avkastningen i større komme festeren til gode.

3.2.4.2 Høyesterettspraksis

Høyesterett har i flere saker avvist å bruke realrentebegrepet når fremtidig verdi av et beløp skal diskonteres til nåverdi. Sakene knytter seg til blant annet til personskadeerstatning, ekspropriasjon og tomtefeste. Også saker som ikke gjelder tomtefeste er relevante fordi det også her er snakk om at fremtidige inntekter skal neddiskonteres til en nåverdi.

I Rt-1986-178 (Noem), som dreiet seg om ekspropriasjonserstatning for skog, avviste Høyesterett bruk av realrentebegrepet. Flertallet mente at kapitaliseringsrenten måtte være en «langtids gjennomsnittsrente». Flertallet tok avstand fra det nominelle utgangspunkt som inntil da hadde rådet, men fordi flertallet ikke bent ut fastslår at det er selve beregningen av realrenten som skal ligge til grunn, fulgte ikke Høyesterett opp sitt eget utgangspunkt.

⁸¹ Forutsatt bruk av Norges Banks inflasjonsmål.

I Rt-1993-1524 (Ølberg) uttalte Høyesterett at erstatningsbeløpet måtte gi skadelidte mulighet til å sikre seg mot fall i pengeverdien. Spørsmålet om verdisikring av erstatningsbeløpet ble dermed blandet sammen med valg av kapitaliseringsrente. Førstvoterende uttalte på s. 1533 i Ølberg-dommen at «[m]itt utgangspunkt - at erstatningen skal gi skadelidte en rimelig mulighet til å sikre seg mot fall i pengeverdien - innebærer ikke at kapitaliseringsrenten må fastsettes ut fra en vurdering av hva gjennomsnittlig realrente for investering i statsobligasjoner må antas å ville være i årene fremover, slik den ankende part hevder. Valg av kapitaliseringsrente må skje ut fra en bred vurdering av de ulike anvendelses- og investeringsmuligheter som foreligger, dog slik at det ikke kan kreves at skadelidte foretar investeringer som det knytter seg noen særlig risiko til». Dette siste utsagnet om «bred vurdering» skaper usikkerhet om Høyesterett faktisk har drøftet verdisikring og ikke valg av rente for å sikre at erstatningsbeløpet ble høyt nok. Det er dermed uklart om prinsippet om realrente ble gjennomført fullt ut.⁸²

I Rt-2004-181 ble realrente, definert som nominell rente med fradrag for inflasjonselementet, avvist av Høyesterett i en sak der spørsmålet var om man hadde fastsatt en for høy festeavgift. Det var avtalt at avgiften kunne reguleres hvert femte år i samsvar med konsumprisindeksen. Dermed ble det unødvendig med et inflasjonselement i selve festerenten.

Førstvoterende, dommer Bruzelius, fant ikke grunnlag i forarbeidene for at det skulle fastsettes en realrente. Hun viste også til at festeavgiften skulle holdes opp mot andre festeavgifter i markedet ved avgjørelsen om avgiften var urimelig høy. Hun uttalte at det ikke var grunnlag for at bruk av realrente ville være riktig rettsanvendelse selv om nominell rente i kombinasjon med bestemmelse om oppjustering i samsvar med inflasjon «ut fra en økonomisk betraktning» ville innebære «en såkalt dobbeltkompensasjon» (avsnitt 46). Denne «doppelkompensasjonen» innebærer at bortfester sitter igjen med en høyere avkastning enn han ville gjort dersom pengene var plassert på annen risikofri måte.⁸³ Størrelsen på beløpet vil være avhengig av reguleringsintervallene. Jo sjeldnere reguleringsintervallene er, desto større vil kompensasjonen bli.⁸⁴

⁸² Se her særlig Eide (2011) s. 148-149.

⁸³ Termen om risikofri avkastning er brukt flere ganger, for eksempel i Rt-2005-1202 (Falkum).

⁸⁴ Likevel uttalte Høyesterett i dom HR-2014-0245-S at Høyesterett siden Rt-1993-1524 (Ølberg) hadde lagt til grunn at kapitaliseringsrenten må ta hensyn til inflasjon, se dommen s. 11. Det er mulig at Høyesterett har

Det kan dermed sies at selv om Høyesterett i prinsippet har anerkjent at det skal tas høyde for inflasjon i valg av kapitaliseringsrente, så har man i den praksis som foreligger ikke tatt steget fullt ut. Det kan likevel spørres om Høyesterett nå har anerkjent bruken av realrente og begrepet innhold, se avsnitt 3.2.4.7.

3.2.4.3 Hvilket rettskildegrunnlag baserer Høyesterett sin praksis på i Rt-2004-181?

Høyesterett peker på tidligere tomtefestelov og forarbeidene som grunnlag for sin avgjørelse i Rt-2004-181. For eksempel ble det vist til at det ikke skulle settes høyere avgift enn det som svarer til rimelig avkastning av tomteverdien under hensyn til rentenivået, jf. tomtefesteloven 1975 § 13. Relevant sammenligningsgrunnlag var det som vanligvis betales på stedet i lignende avtaleforhold, jf. tomtefesteloven 1996 § 11. Forarbeidene viste at avtalefriheten rådet med hensyn til fastsettelse av festerente, i følge Høyesterett. Høyesterett krevet klarere holdpunkter i forarbeidene for at realrente skulle gjelde i saken, blant annet fordi det ville være et brudd med praksis.⁸⁵

3.2.4.4 Kritikken mot Høyesteretts fastsettelse av festerente i Rt-2004-181 og rentefastsettelsen generelt

Det er vanskelig å se at forarbeidene Høyesterett viste til egentlig drøfter forholdet mellom inflasjonsregulering og nominell rente.⁸⁶ Høyesterett har rett i at det er avtalefrihet, men i proposisjonen Høyesterett viste til var spørsmålet der hva som var relevant i vurderingen av urimelig høy avgift og ikke spørsmålet om forholdet mellom indeksregulering og valg av rentesats.⁸⁷

Domspremissene gjør det klart at partene må bestemme hva slags rente som skal legges til grunn. Dermed blir det vanskelig å unngå den «dobbeltkompensasjonen» en indeksregulering i kombinasjon med nominell rentesats vil gi. Ved tvist er det relevante sammenligningsgrunn-

ønsket at kapitaliseringsrenten skal ta hensyn til inflasjonen, men dette har ikke vært gjenspeilet i at man faktisk la realrente til grunn.

⁸⁵ Praksis er det i stor grad Høyesterett som har lagt opp til.

⁸⁶ Se her Eide 2004 s. 11.

⁸⁷ Se Ot.prp.nr.28 (1995-1996) s. 15-16. Se kritikk her fra Eide 2004 s. 11.

lag det som betales på stedet i lignende avtaleforhold. Disse avtaleforhold vil basere seg på den praksis som domstolene, med Høyesterett i spissen, har fulgt. Man kan med andre ord ikke vente annen praksis før Høyesterett endrer kursen.

Renten på 5 % ble i januar 2014 kritisert av en gruppe professorer fra NHH i forbindelse med høringen etter NOU 2013:11 Festekontrakter og folkerett.⁸⁸ De gjør gjeldende at festerenten er høyere enn rimelig god avkastning ved sikker plassering av investerte midler. Høringsuttalelsen tar utgangspunkt i at det i festekontrakter avtales 5 % rente samtidig som avgiften indeksreguleres og at festerenten skal gjenspeile en risikofri avkastning, i samsvar med praksis. Høringsuttalelsen tar utgangspunkt i sammenlignbar risikofri plassering av penger. Oljefondet investerer i aksjer, obligasjoner og fast eiendom. Dette er en spredt form for investering, og fondet regner med en avkastning på 4 %. Man regner videre med en avkastning på 2,5 % for obligasjoner, som er plasseringen med lavest risiko. Bankinnskudd gir for tiden en avkastning på 1-1,5 %.⁸⁹ En rente på 5 % ligger dermed over det som anses som risikofri avkastning.

Norges Bank styrer etter et inflasjonsmål på 2,5 %. Det betyr at det blir forholdsvis enkelt å regne ut hva festeavgiften vil bli dersom en realrente skal legges til grunn. Dessuten er det like vanskelig å spå fremtidige renteendringer om man legger realrente eller nominell rente til grunn. Så lenge prisstigningen er kjent, er det ikke noe vanskeligere å regne ut realrente enn nominell rente.⁹⁰

Når siktemålet med rentefastsettelsen er at bortfester skal sikres en rimelig realavkastning, kan det vanskelig sies at man skal kompenseres for inflasjonen gjennom KPI-regulering og en rentesats der denne er inkludert.

I andre sammenhenger har ikke Høyesterett akseptert dobbeltkompensasjon. I Rt-2001-149, uttalte Høyesterett at man ved fastsettelse av festeavgift ikke skal se hen til arealet og bruken

⁸⁸ Høringsuttalelse forfattet av professorene Thore Haakon Johnsen, Guttorm Schjelderup, Petter Bjerksund, Gunnar Eskeland og Terje Rein Hansen 9. januar 2014. Selv om uttalelsen er gitt i forbindelse med lovarbeidet som har kommet i kjølvannet av EMDs dom i Lindheim-saken, er kritikken relevant for alle festekontrakter, se for eksempel avsnitt 3.2.4.5.

⁸⁹ Det er ikke utsikter til snarlig økning her, jf. avsnitt 3.2.3.2.

⁹⁰ Se her Hylland (1995) s. 41.

av dette, da det allerede er tatt hensyn til ved beregning av tomteverdien under henvisning til blant annet at bortfester skal sikres «en normal, rimelig avkastning av de verdier festearealet representerer, dersom arealet var blitt solgt og pengene plassert på en annen måte» (s. 156). Det taler for at man ikke får dobbeltkompensasjon for inflasjon når man ikke kan få dobbeltkompensasjon for tomteverdien.

3.2.4.5 Kan kritikken gjøres gjeldende der avgiften baseres på tomteverdi?

Kritikken som er fremsatt gjelder først og fremst tilfeller der reguleringen av festeavgift er basert på endring i pengeverdien. Har denne overføringsverdi til saker der avgiften baseres på tomteverdi?

Tomteverdien reflekterer hva markedet antas å være villig til å gi for en tomt. Når en sammenligner en verdiøkning av en tomt, vil den nominelle økningen inneholde en justering for endring i kroneverdi og en inflasjonsjustert, reell verdiendring. I tomteverdien ligger det dermed en inflasjonsjustering. Skal man unngå å gi dobbeltkompensasjon for inflasjonen, må en realrente også legges til grunn her.

Dette var tilfelle i LA-2006-127471.⁹¹ Lagmannsretten kom frem til at dersom det ved fastsettelsen av rentesatsens størrelse ble lagt inn et inflasjonselement, ville fallet i pengeverdien «til en viss grad blir kompensert 2 ganger». Lagmannsretten begrunnet imidlertid resultatet «i det system og de prinsipper som kontraktene baserer seg på». Bortsett fra at avgiften skulle reguleres etter tomteverdien, er det i avgjørelsen vanskelig å få øye på hvilke konkrete prinsipper retten bygger på. Festerenten ble satt til 3 %. Lagmannsretten så hen til at det ville bli et visst etterslep på inflasjonsjusteringen, nivået på langsiktig realrente (utlånsrente i bank fratrasket prisstigning) og langsiktig obligasjonsrente.⁹²

⁹¹ Hovedspørsmålet i saken var hvordan en rekke punktfester skulle revideres. Selv om saken gjaldt punktfeste, er metoden for fastsettelse av festerenten relevant her fordi reguleringen skulle gjøres etter tomteverdi.

⁹² Det kan spørres hvorfor retten definerte realrenten som utlånsrente i bank når det er innskuddsrenten som er avgjørende for avkastningen dersom pengene settes i banken.

På den annen side kan det sies at bortfesteren går glipp av noe av tomtens verdiøkning når reguleringsgrunnlaget fastsettes med jevne intervaller, for eksempel 10 år. Det kan derfor være rimelig at det gis et tillegg i realrenten for dette.

3.2.4.6 Er spørsmålet om realrente og nominell rente egentlig et rettskildespørsmål?

Som påvist over, har Høyesterett ikke funnet dekning i forarbeidene for å anvende realrente i festesaker. Det kan imidlertid spørres om man trenger dekning i forarbeider for å fastslå hvilken rente man skal bruke når fremtidig avkastning skal slås fast.⁹³ Forarbeidene til tomtefesteloven vil selvsagt være relevante i spørsmål om fastsettelse av festerente, men hvilken vekt skal de tillegges?

Forarbeider fungerer som veileder ved tolkningen av formelle lover. De kan gi svar på spørsmål lovene ikke besvarer direkte, og kan dermed bli avgjørende for utfallet av en tvist. Uttalelser i forarbeidene om formål og meningen bak ulike bestemmelser kan få betydning fordi de kan fungere som veiledere ved tolkningen eller fordi rettsanvenderen har tillit til «konsipis-tenes innsikt».⁹⁴ Videre kan det anføres at forarbeidene er et uttrykk for «lovgiverviljen» og at man ut fra betraktninger om demokrati og folkestyre bør utvise lojalitet overfor forarbeidene.⁹⁵

Forarbeider har også en opplysningsverdi. Likevel bør man ikke legge mer vekt på opplysninger om faktiske forhold enn det forarbeidenes egen «pålitelighet» sier.⁹⁶ Dette kan bety at man må vurdere hvem opplysningene stammer fra og hva de gjelder. Har et sakkyndig lovutvalg uttalt seg om et spørsmål innenfor noen av utvalgsmedlemmenes spesialområde, kan dette få større betydning enn dersom et departement uttaler seg om samme spørsmål, men på generelt grunnlag.

⁹³ Forutsatt at forarbeidene virkelig behandler forholdet mellom realrente og nominell rente.

⁹⁴ Se Eckhoff 2001 s. 70.

⁹⁵ Se Eckhoff 2001 s. 71-72.

⁹⁶ Se Eckhoff 2001 s. 70.

Hvordan skal så forarbeidenes syn på festerente vektlegges i den rettslige argumentasjonen? Det overordnede mål for fastsettelsen av festeavgift er at bortfesteren skal sikres en rimelig avkastning av tomten. I dette perspektivet bør forarbeidsuttalelser gis mindre vekt som rettskilde og heller ses på som en kilde til forståelse av et faktisk fenomen. Når økonomisk ekspertise fastslår at man ikke oppnår målet om rimelig avkastning, men faktisk gir bortfesteren høyere kompensasjon enn det han ville fått dersom man hadde tatt hensyn til inflasjon ved rentefastsettelsen, bør dette behandles som en faktisk innsigelse og dermed ikke ses på som et rettslig spørsmål, der en forarbeidsoppfatning tillegges vekt bare fordi den står i forarbeidene. Hvis forarbeidenes antagelse om fremgangsmåten for fastsettelse av rente som kan gi en rimelig avkastning er feil, bør de ikke tillegges større vekt enn deres «pålitelighet» skulle tilsi. Høyesterett kan imidlertid komme til at realrente ikke bør brukes som grunnlag, men da bør det begrunnes på en annen måte enn at det ikke er dekning for slik rente i forarbeidene.

3.2.4.7 Slutten Høyesterett seg til innholdet i realrentebegrepet Rt-2014-1203?

I Høyesteretts dom Rt-2014-1203, kom Høyesterett til at kapitaliseringsrenten i en personska-desak måtte settes til 4 %.⁹⁷ Der ble det lagt en realrente til grunn, se avsnitt 74. Førstvoterende dommer Bull, uttalte at «[k]apitaliseringsrenten må baseres på en realrente, altså enkelt sagt antatt nominell rente i erstatningsperioden minus forventet inflasjonsrate i samme periode». I de videre premissene avviste førstvoterende at aktuarisk risiko og inntektsusikkerhet skulle spille noen rolle ved fastsettelse av renten.⁹⁸ Førstvoterende bygget deretter på Norges Banks inflasjonsmål på 2,5 %.

Videre vil realavkastning være avhengig av investeringen av beløpet. Når det er mange individuelle situasjoner kapitaliseringsrenten skal omfatte, ble det et mål for Høyesterett å komme frem til en gjennomsnittsrente, se avsnitt 93 og 99. For å slippe at renten skulle justeres av domstolene til enhver tid, så Høyesterett det også som et mål at renten kunne bli stående i lang tid fremover. Blant annet på grunn av de spor av uenighet som hersket mellom de fagkyndige og den usikkerhet som generelt gjelder for fremtiden, kom førstvoterende frem

⁹⁷ Det var enighet om at kapitaliseringsrenten skulle settes til 4 %, men uenighet (7-4) om det skulle fastsettes en egen rente for dem som var under vergemål. Flertallet mente at det ikke var grunnlag for et slikt unntak.

⁹⁸ Aktuarisk risiko er muligheten for at hypotetisk inntekt blir lavere enn ventet fordi karriereutviklingen ble dårligere enn forutsatt.

til at kapitaliseringsrenten måtte settes til 4 %. I motsetning til hva som var tilfelle i Ølbergdommen, trekker ikke førstvoterende inn spørsmålet om verdisikring av beløpet.

Førstvoterende redegjør tydelig for hvilke momenter han bygger på og hvorfor. Samtidig tør Høyesterett å ta i bruk realrentebegrepet. Dermed kan man kanskje fjerne den usikkerhet som har hersket om Høyesteretts forståelse av realrente?

3.2.4.8 Er det grunnlag for å inflasjonsjustere festerente på samme måte som man gjør for kapitaliseringsrente i skadeserstatning?

En person som lider økonomisk tap som følge av en erstatningsbetingende handling skal ha full erstatning. Dette prinsippet kan sies å være begrunnet i menneskelige hensyn. Vi synes det er rimelig at en person som taper fremtidig erverv på grunn av andres skadevoldende handling får kompensert sitt fulle tap, jf. skl. § 3-1.

De samme sterke hensyn gjør seg ikke gjeldende ved tomtefeste. Selv om man i skadeserstatningssaker mener at det skal legges realrente til grunn, kan det spørres om dette er konkret begrunnet i hensynet til skadelidte. Antagelser om den økonomiske utviklingen er nettopp antagelser. Det gjelder også for realrente. Å legge realrente til grunn vil imidlertid sørge for at skadelidte får den beste garantien for at han får dekket sitt økonomiske tap. Skal en fester sikres på samme måte? De overordnede mål for både festeforholdet og skadeserstatningen nokså like, nemlig at bortfester skal ha en rimelig avkastning av sin tomt og at skadelidte skal ha full erstatning.

3.2.4.9 Realrente i festesaker – quo vadis, Høyesterett?

Gjennomgangen over viser at det i prinsippet skulle være mindre problematisk å legge realrente, både begrepet og dets innhold, til grunn for beregningen av festerente.

Skal det legges til grunn en realrente på 4 % i festesaker der det er inngått avtale om regulering basert på tomteverdi? Dersom Høyesterett mener at 4 % er riktig realrente, kan det likevel stilles spørsmål om festerenten i festesaker skal settes noe høyere for å kompensere den verdiøkningen bortfesteren går glipp av i de årene der tomteverdien ikke blir justert.

Det kan imidlertid være grunn til å svare ja på dette spørsmålet om ikke annet enn av rettskenniske grunner. Høyesterett har i sin avgjørelse lagt vekt på at man ønske å bestemme en rente

som kunne legges til grunn i lang tid fremover. Om man i festekontrakter da har fått en riktig rente, kan det spørres om. Med det brede siktemålet Høyesterett la til grunn i Rt-2014-1203, har Høyesterett i alle fall gitt et signal om at de ikke kommer til å revidere sitt syn på realrentens størrelse på en stund. Det leder imidlertid over til et spørsmål om Høyesterett egentlig er riktig arena for fastsettelse av kapitaliseringsrenten.

3.2.4.10 Bør domstolene bestemme kapitaliseringsrenten?

De mange problemer tilknyttet kapitaliseringsrentespørsmål som oppstår i både kontraktsforhold og forsikringstvister, gjør at man må spørre om domstolene egentlig er egnet organ for å fastsette kapitaliseringsrenten. Høyesterett uttalte i Rt-2014-1203 at noe av siktemålet ved fastsettelsen av rente var å komme frem til en rente som kunne ligge til grunn i lang tid fremover. Når formålet med Høyesteretts rentefastsettelse er så bredt, kan det tenkes at andre organer er bedre egnet til å bestemme kapitaliseringsrenten.

For eksempel har vi en egen forsinkelsesrentelov, som bestemmer at departementet fastsetter forsinkelsesrenten ved forskrift.⁹⁹ Noe lignende kunne tenkes for kapitaliseringsrenten. Ved å lage en slik innretning, sikrer man at personer med økonomisk kompetanse bestemmer hva kapitaliseringsrenten skal være. Det er neppe en overdrivelse å si at en rettssal, der den endelige renten bestemmes av jurister, ikke er det beste organ for å avgjøre noe som i høy grad er et økonomisk, og ikke et juridisk, spørsmål. En slik ordning kunne ha spart rettsvesenet for mange saker og antagelig vært en bedre måte å sikre riktig rente på.¹⁰⁰

3.3 Forbudet mot urimelige avtaler i tfl. § 11

Paragraf 11 lyder slik:

Det kan ikkje avtalast eller krevjast ei festeavgift som er urimeleg høg i høve til det som vanlegvis vert betalt på staden ved nye feste av liknande tomter på liknande avtalevilkår.

⁹⁹ Lov 17. desember 1976 nr. 100 om renter ved forsinket betaling m.m.

¹⁰⁰ Aanund Hylland har tidligere tatt til orde for en slik ordning, se Hylland (1995) på s. 56-57.

Når tfl. § 11 setter forbud mot fastsettelse av urimelig høy avgift, er det en påminnelse til den som anvender loven om forbudet mot urimelige avtaler i avtl. § 36 og bestemmelsen i pristiltaksloven § 2. Bestemmelsen skal i utgangspunktet ikke kunne anvendes mot urimelig lav avgift.¹⁰¹

Det kan synes noe inkonsekvent at § 11 i praksis ikke skal ha noen større rekkevidde ved siden av avtl. § 36 for de urimelig høye avgifters del, samtidig som det er forutsatt at den ikke skal få anvendelse når det gjelder de avgifter som eventuelt måtte være urimelig lave. Antagelig har lovgivers ønske om å beskytte bolig- og fritidsfesterne gitt seg utslag i at bestemmelsen har fått denne utforming. På den annen side kan det spørres om tfl. § 11 i samme grad som avtl. § 36(2) gir anvisning på en bred helhetsvurdering. Dette skal drøftes nedenfor. Resultatet kan imidlertid bli det samme. Bestemmelsen sier riktignok ikke noe om rettsvirkningene av at en avgift er for høy, men det må kunne antas at bestemmelsen er en revisjonsregel som gir domstolene adgang til å sette avgiften til et rimelig nivå. Det kan presiseres at rimelig i denne sammenheng ikke nødvendigvis betyr markedsmessig riktig nivå, men at man skal havne under den grensen domstolene måtte oppstille for kvalifisert urimelighet. På den annen side kan det tenkes at noe annet enn markedsavgift ville være kvalifisert urimelig.

Hvordan skal grensen for urimelig høy avgift trekkes? Lovteksten gir ingen videre veiledning. Man må derfor gå til forarbeidene. Utgangspunktet er selvsagt at bortfester skal ha en rimelig avkastning av tomten, jf. den tidligere tomtefestelov § 13.¹⁰² I den tidligere tomtefestelov § 13 stod det at avgiften ikke måtte settes høyere enn det som svarte til en rimelig avkastning av tomteverdien, med fradrag for tilskudd etter daværende tomtefestelov § 5.¹⁰³ Rentenivået måtte tas med i betraktningen. Dette har Høyesterett lagt til grunn, jf. Rt-2001-149, som gjaldt en sak om regulering av årlig festeavgift.

Det kan presiseres at det er oppfyllestidspunktet som er utgangspunktet i tfl. § 11, jf. «krevjast». Dette sammenfaller med regelen i avtl. § 36, der spørsmålet er om det er urimelig å «gjøre [avtalen] gjeldende». For ordens skyld kan det tas med at det i Rt-1988-276 (Røstad) ble poengtert at balanseforholdet i avtalen «må først og fremst vurderes ut fra situasjonen i dag» (s. 287). Når «krevjast» står i lovbestemmelsen, viser det at bestemmelsen gjelder ve regulerling av avgiften, jf. Innst.O. nr. 85 (1995-1996) s. 7.

¹⁰¹ Se Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) s. 54.

¹⁰² Se for eksempel Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) s. 16.

¹⁰³ Utgangspunktet er at 1996-loven § 11 gjelder også for avtaler inngått før lovens vedtakelse, jf. Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) s. 50.

Hvis det er spørsmål om en avgift er urimelig, må man se til hva som vanligvis avtales på stedet ved feste av lignende tomter på lignende vilkår.¹⁰⁴ Det er nye festeforhold man skal sammenligne med. Man er med andre ord ute etter det som kan kalles «gjengs pris». Lignende eksempler kan finnes i for eksempel orvl. § 5. Bestemmelsens første ledd slår fast at vederlag etter salgsverdi skal baseres på hva det må regnes med at vanlige kjøpere vil gi for eiendommen ved frivillig salg. Som nevnt skal man ikke ta hensyn til hva såkalte spekulasjonskjøpere eller andre med spesielle behov kunne tenke seg å gi for tomten. Det er markedsavgiften vurderingen skal baseres på.¹⁰⁵

Når § 11 viser til at man skal sammenligne med avtaler med lignende vilkår, innebærer det at ikke alle avtaler er sammenlignbare. For eksempel kan man ikke sammenligne en avtale der det er avtalt at fester skal yte lån til bortfester, hvilket i dag er forbudt, jf. tfl. § 6, med en avtale uten et slikt lånearrangement, jf. Rt-2011-1359. Avtl. § 36 får dermed et videre anvendelsesområde enn tfl. § 11.

Å finne en slags markedsavgift og bruke denne som utgangspunkt for vurderingen av avgiftens rimelighet, kan være en vanskelig øvelse. Det ligger alltid spesielle forutsetninger til grunn for en kontrakt. I forarbeidene fremheves det at man må se på «lignende tomter».¹⁰⁶ Det er her relevant å se på stedet tomten ligger, utsikt med videre, som slike forutsetninger. For næringskontrakter vil antagelig utsikten ikke være avgjørende for avgiftens størrelse, men kan tenkes å være et relevant moment. Poenget om at «andre omstende som partar reint allment legg vekt på når festeavgift skal fastsetjast» har betydning for avgiftens størrelse, gjelder alle kontrakter.¹⁰⁷

Til slutt fremhever forarbeidene avtalevilkårenes relevans som et vurderingsmoment. Særlig ved feste til andre formål enn bolig- og fritidshus, kan det ligge særlig forutsetninger til grunn som man må være oppmerksom på i sammenligningen av avgifter.¹⁰⁸ Det kan for eksempel være avtalt at avgiften skal baseres på at grunnen festes som råtomt. Til slutt kan det pekes på

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) s. 55.

¹⁰⁵ Se for eksempel Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) s. 17

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 28 (1995-1996) s. 55.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid.

at det er de klare og ikke uvesentlige avvik som eventuelt kan tenkes å være i strid med § 11.¹⁰⁹ Det skal mer til før et avvik er urimelig i næringsfesteforhold sammenlignet med feste til bolig- og fritidsformål.

3.3.1 Hvordan skal partene gå frem dersom det ikke er noe festemarked å sammenligne med? Eksempler fra rettspraksis

Forarbeidene forutsetter at det foreligger andre festeavtaler det går an å sammenligne den aktuelle kontrakt med. Det vil imidlertid ikke alltid være tilfelle. Fra tid til annen kan det være mangel på tilfeller der det er festet lignende tomter.

I mangel av andre festeavtaler, foretok Hålogaland en bredere skjønnsmessig vurdering i overskjønn inntatt i RG-2006-176.

Ved feste av tomt til næringstomt, ble partene uenige om en regulert festeavgift var urimelig høy. Festerne mente at en regulering med 90 % av indeksøkningen etter SSBs byggeindeks for boligblokk var urimelig høy og dermed i strid med tfl. § 11.

Lagmannsretten fant ingen sammenlignbare festeforhold. Det måtte antas at slike ikke fantes. Retten måtte derfor gjøre en bred skjønnsmessig vurdering «ut fra andre relevante forhold». Den tok utgangspunkt i at kontrakten baserte seg på tomtens verdi i opparbeidet stand, og at partene verdsatte festeobjektet til en million kroner. Den sammenlignet deretter dette forholdet med salgpris på næringseiendom i området. Disse salgene hadde foregått 10 til 17 år etter at festeavtalen ble inngått. Retten måtte da forholde seg til at markedet i 1998 priset tomteverdien til en million kroner.

Forøvrig minnet lagmannsretten om at terskelen for å konstatere urimelighet var meget høy når det gjaldt avtaler mellom profesjonelle. Det ble pekt på at industribygget på tomten var solgt flere ganger og at festeavgiften hadde vært en faktor når kjøpesummen ble avtalt.

¹⁰⁹ Dette er i samsvar med de retningslinjer Høyesterett har trukket opp i forbindelse med spørsmål om revisjon etter avtaleloven § 36, se for eksempel Rt-2012-355 (Lognvik). «Det er således de klare, i betydningen tydelige, urimeligheter som kan sensureres med hjemmel i bestemmelsen» (dommens avsnitt 52).

Det kan se ut til at lagmannsretten stiller opp et krav om et «vel fungerende marked» å sammenligne festeforholdet med, men slår dette fra seg da et slikt marked ikke fantes. Om loven egentlig stiller opp en forutsetning om et velfungerende marked er et eget spørsmål, som skal drøftes under.

En lignende skjønnsmessig vurdering ble gjort av Agder lagmannsrett i overskjønn inntatt i RG-2006-674. Saken gjaldt feste til næringsformål av totalt 7802 kvadratmeter på Karljohansvern i Horten. Avtalen gjaldt tre arealer. Festeavgiften skulle fastsettes med utgangspunkt i bebygget grunnflate og reguleres hvert tiende år i samsvar med SSBs konsumprisindeks. Opprinnelig fester Fellesdata AS (FD) hadde blitt kjøpt opp av EDB Business Partner Norge AS (EBP). EBP fremsatte krav om nedsettelse av festeavgift.

Lagmannsretten tok utgangspunkt i tfl. § 11, og uttalte at bestemmelsen forutsatte et «vel fungerende marked i området for den type eiendommer som skal vurderes». Lagmannsretten kom til at når dette vilkåret ikke var oppfylt, måtte den kunne gjøre en «bredere vurdering» enn den markedsvurderingen § 11 la opp til.

Lagmannsretten mente at den opprinnelige festeavgiften ikke var urimelig. Retten syntes det var bemerkelsesverdig at man ikke tidligere hadde hatt innsigelser mot festeavgiftens størrelse fordi en tidligere ansatt hadde gitt uttrykk for at festeavgiften var for høy. Lagmannsretten tok det som et uttrykk for at FD var fornøyd med avgiften.

Heller ikke de senere reguleringer kunne endre dette. Når man hadde avtalt å bruke konsumprisindeksen som grunnlag for revisjonen, måtte man som profesjonell part kunne stå ved dette. Retten viste blant annet til at inflasjonsjustering av lovgiver var pekt ut som en av tre mulige reguleringsformer.

Avtl. § 36 kunne ikke føre til noe annet resultat. Her la retten vekt på at FD hadde benyttet seg av profesjonell bistand i forhandlingene. At EDB senere la ned virksomheten i Horten, var en forutsetning EDB måtte bære risikoen for. Det kan spørres hvorfor disse momentene ikke var relevante i den «bredere vurderingen» lagmannsretten la opp til.¹¹⁰

¹¹⁰ Se her Berg (2007) s. 44-55.

3.3.1.1 Forutsetter tomtfesteloven egentlig et «vel fungerende marked»?

Gjennomgangen over viser at forarbeidene ikke sier hvordan domstolene skal gå frem der det ikke er andre festetilfeller å sammenligne med. Både RG-2006-176 og RG-2006-674 stiller opp en forutsetning om et «vel fungerende marked» for den type eiendommer som skal vurderes.

En slik innfallsvinkel kan kritiseres.¹¹¹ Termen et «vel fungerende marked» er upresis og vanskelig å gi et nærmere innhold som forutsetning for en vurdering etter tfl. § 11. Språklig betyr «marked» et avsetningsområde eller tilbud og etterspørsel av en viss vare eller tjeneste. Man kan si det slik at der det ikke er tilbud og etterspørsel, er det heller ikke et marked. Begrepet «marked» forutsetter likevel ikke at det må være flere som etterspør et gode. Dersom noen ønsker et gode og tilbyr en pris for godet, oppstår i teorien en avsetningsmulighet for godet. Man kan samtidig, i økonomisk sammenheng, si at markedet ikke er optimalt fordi tilbyderer, i mangel av større etterspørsel, ikke får prøvet om han har fått en riktig pris. Det er imidlertid klart at der det ikke er noen etterspørsel, er det heller ikke et marked.

Det kan være naturlig å sammenligne tfl. § 11 med orvl. § 5. Paragraf 5 første ledd lyder slik:

Vederlag etter salsverdi skal fastsetjast på grunnlag av det som må reknast med at vanlege kjøparar ville gje for eigedomen ved friviljug sal.

Termen «det som må reknast med at vanlege kjøparar» vil gi er en påminnelse om at det ikke alltid vil være mulig å sammenligne erstatningen med prisnivået for omsetning av eiendom. I forarbeidene står det at «[d]et er også andre forhold som gjør det tvilsomt om man i lovteksten utelukkende bør knytte salgsverdien til priser ved omsetning av sammenligningseiendommer. Det gjelder særlig de tilfelle hvor det ikke synes praktisk mulig å finne fram til et prisnivå på sammenlignbare eiendommer, f.eks. fordi det ikke har skjedd omsetning av betydning innenfor det tidsrom som er aktuelt å ta i betraktning».¹¹² Departementet foreslo derfor å ta inn bestemmelsen om at erstatningen skulle baseres på hva man antok at vanlige kjøpere ville gi ved

¹¹¹ Se Berg (2007).

¹¹² Se Ot.prp. nr. 50 (1982-1983) s. 47.

salg. Dermed må man gjøre en tenkt vurdering av hva en eventuell kjøper kunne tenke seg å gi ved et salg. Noe lignende kan man også gjøre etter tfl. § 11.

4 Tolkning og utfylling

4.1 Innledende og reelle hensyn

I dette kapittelet vil jeg gi en oversikt over avtalerettens tolknings- og utfyllingsprosesser. Formålet er å gjøre rede for hvilke fremgangsmåter som kan kategoriseres under henholdsvis tolkning og utfylling. Dette er en nødvendig bakgrunn for analysen i kapittel 5, som tar sikte på å plassere forståelsen av reguleringsbestemmelsene i avtalerettens tolknings- og utfyllingslære.

4.1.1 Oversikt

Innledningsvis vil jeg redegjøre for noen prinsipper som kan sies å være grunnlaget for tolkningsprosessen. Deretter vil jeg mer konkret ved bruk av eksempler fra rettspraksis illustrere hvordan Høyesterett bruker de forskjellige tolkningsmomentene.

I avsnitt 4.3 går jeg nærmere inn på det man kaller for utfylling. Skillet mellom tolkning og utfylling er ikke helt klart, men jeg vil forsøke å trekke opp noen grenser.

Utgangspunktet i kapittelet her er at partene har inngått en avtale, men at det er uenighet om hvordan denne skal forstås og dermed hvilke virkninger den skal ha. Spørsmålet er dermed ikke om partene i det hele tatt har bundet seg eller om avtalevirkningene er urimelige. På den annen side kan det være en hårfin grense mellom tolkning/utfylling og revisjon, se for eksempel omtalen av Rt-1991-220 (Sollia borettslag/fjernvarme) under.

4.1.2 Reelle hensyn

Jeg vil her kort redegjøre for noen av de reelle hensyn som kan sies å ligge bak de tolknings- og utfyllingsregler som gjelder hos oss. Formålet er blant annet å kunne vise hvordan disse momentene blir vektlagt i løsningen av tvister om regulering av festeavgift og vurdere rettspraksis opp mot disse hensyn, se avsnitt 5.5.2.

Tolkningsreglene legger stor vekt på partsautonomien. Partsautonomien er partenes rett til å bestemme om de vil inngå en kontrakt og hva den i tilfelle skal gå ut på. Hva partene har ment å binde seg til antas å vise seg i kontraktens ordlyd. Et eksempel på dette er inntatt i Rt-2012-1393. Saken gjaldt blant annet et spørsmål om hva partene hadde avtalt om regulering av fes-

teavgift. Førstvoterende, dommer Indreberg, uttalte at det var «vanskelig å utlede [et tolkning-alternativ] av ordlyden». Hun fortsatte: «Hvis det var det partene mente, ville det være enkelt å skrive nettopp det.» Ergo, dersom partene hadde ment å binde seg til et alternativ, er det en presumsjon for at dette kommer til uttrykk i kontrakten. Derfor er det også naturlig å tolke kontrakten før den eventuelt utfylles.

Høyesterett krever «klare indikasjoner» om at partene har ment noe annet enn det som står i kontrakten fordi ordlyden i utgangspunktet vil være et klart uttrykk for partenes mening.¹¹³

Selv om partene ikke kjenner fremtiden, har de fordelt risikoen mellom seg i en kontrakt som de selv bestemmer utformingen av. Risikoen for at utviklingen blir en annen enn forutsetningen som motiverte parten ligger i utgangspunktet på denne parten. Det bidrar til at kontraktsforløpet til en viss grad blir forutberegnelig.¹¹⁴ Dersom ordlyden ikke hadde blitt satt i høysetet, kunne en rekke andre faktorer som bunner i subjektive forhold hos partene fått avgjørende betydning. Eksempler på slike faktorer er partenes forutsetninger, intensjoner eller rimelighet.¹¹⁵ Disse faktorene er ikke irrelevante, hvilket den senere gjennomgang viser, men ordlyden må være det primære utgangspunktet for kontraktstolkningen hvis utgangspunktet skal tas i en tilnærmet objektiv forståelse. Dette bidrar også til en balanse i avtaleforholdet.

Disse hensyn reflekterer også avtalens funksjon som et økonomisk instrument. Den fremgangsmåte som nærmere skal beskrives under, ivaretar hensynet til effektiv kontraktsavvikling. Avtalefriheten er et utslag av en liberal samfunnsordning der man ser avtalen som den mekanisme som best sørger for en effektiv, rettferdig og handelsfremmende økonomi. De regler som ligger til grunn for tolkningsprosessen, skal også fremme dette aspektet.

¹¹³ Se for eksempel Høgberg 2005 s. 144.

¹¹⁴ Høgberg 2005 s. 146.

¹¹⁵ Høgberg 2005 s. 147.

4.2 Tolkning. Formål og prinsipper

4.2.1 Generelt/allment

Å tolke vil si å fastlegge kontraktens ord og mening for å bestemme kontraktens rettsvirkninger. I snever forstand kan man si at tolkning går ut på å bestemme kontraktens innhold med grunnlag i avtaleteksten og andre partsspesifikke momenter.¹¹⁶

Formålet med kontraktstolkning er å finne ut hva partene har ment, jf. Rt-1993-564.¹¹⁷ Dette gjøres ved å tolke eller utfylle avtalen.

Det bestemmende for avtalens innhold vil være partenes enighet på kontraktsinngåelsestidspunktet. Dersom en slik fellespartsoppfatning finnes, må den legges til grunn. Dersom det ikke kan avgjøres om partene på avtaletidspunktet har hatt en felles forståelse av kontrakten, må partenes forpliktelser fastsettes ved å tolke kontrakten objektivt.

Utgangspunktet for tolkningen av gjensidig bebyrdende kontrakter er det objektive tolkningsprinsipp.¹¹⁸ Det objektive tolkningsprinsipp bygger på at kontraktens ordlyd skal forstås i samsvar med ordenes vanlige betydning. Kontraktens rettsvirkninger bestemmes på grunnlag av den normale betydningen av ordene som står der.

På den annen side finnes det subjektive tolkningsprinsipp, som sier at kontraktsparten er bundet av det han ønsket å være bundet til. Det subjektive tolkningsprinsipp står støtt på arverettens område da for eksempel testamenter skal tolkes i samsvar med testators vilje, jf. arveloven (al.) § 65. I gjensidig bebyrdende kontraktsforhold har denne teorien ikke noen særlig tyngde da det fort ville være urimelig å si at parten ikke var bundet lenger enn det parten ville

¹¹⁶ Woxholth 2014 s. 380.

¹¹⁷ Spørsmålet i saken var om en garantist bare svarte for fulltegning av et fastsatt tegningsbeløp eller om garantisten også var ansvarlig for at dette ble innbetalt til selskapet. Med støtte i en objektiv tolkning av garantien fant Høyesterett at garantisten ikke hadde ansvar for at beløpet faktisk ble innbetalt.

¹¹⁸ Woxholth 2014 s. 384.

av hensyn til medkontrahenten. Derfor kan det subjektive tolkningsprinsipp ikke være en hovedregel for avtaletolkningen.¹¹⁹

I Rt-2002-1155, på s. 1159, understrekes at prinsippet om objektiv tolkning har særlig styrke i kontraktsforhold mellom næringsdrivende på grunn av «forretningslivets behov for sikkerhet og forutberegnelighet». Ofte må tredjeparter forholde seg til kontrakten. Av hensyn til dem bør denne tolkes objektivt.¹²⁰ Et eksempel på at hensynet til tredjepart kan hentes fra dom inntatt i Rt-1998-1584, der det ble uttalt at vedtekter måtte tolkes objektivt med utgangspunkt i ordlyden av hensyn til tredjepersoner.

Det kan spørres om man med «prinsipp» egentlig mener retningslinjer eller regel, da det objektive tolkningsprinsipp først og fremst instruerer rettsanvenderen i hvordan han skal gå frem når han skal tolke kontrakten. På den annen side er regelen hevdvunnen, etablert og solid forankret i tolkningslæren.

På denne måten kan man konkludere med at utgangspunktet er en subjektiv, felles enighet med en subsidiær objektiv tolkning der man skal fastslå betydningen av et utsagn.¹²¹

4.2.2 Hva kjennetegner en tolkningsprosess? Kontraktsnære momenter

Å tolke en avtale er en prosess der man «tilordner en partsytring en mening».¹²² I den snevre forståelsen av tolkning som legges til grunn i dette avsnittet, løses tvisten med grunnlag

¹¹⁹ Dette behøver ikke å stå i noen motsetning til utgangspunktet om at man skal finne hva partene har ment. Årsaken er at den sikreste måten man kan fastslå partenes mening på, er å tolke kontrakten objektivt. Man kan dermed si at det praktiske utgangspunkt for å finne den subjektive mening er å forstå kontrakten objektivt. Når formålet er å finne en felles, subjektiv mening, er ikke det noe egentlig objektivt forhold, se Høgberg 2005 s. 117. Dersom det ikke finnes noen felles subjektiv forståelse av kontrakten, må den derimot tolkes objektivt, se for eksempel. Rt-2010-961 (avsnitt 44).

¹²⁰ Særlig ved anbud er det viktig at anbudsvilkårene tolkes objektivt. Anbudsgrunnlaget utgjør konkurransevilkårene. Disse må være like for alle som ønsker å delta. Dermed står prinsippet om objektiv tolkning særlig sterkt, jf. Rt-2012-1729.

¹²¹ Se Monsen (2010) s. 388.

¹²² Se Huser 1983 med videre henvisninger.

i avtalen. Det er imidlertid en flytende overgang mellom tolkning som tar utgangspunkt i partsforutsetningene og utfylling. Årsaken ligger i at formålsbetraktninger kan være sentralt både ved tolkningen og utfyllingen av kontrakten.¹²³

4.2.2.1 Ordlyd

Når utgangspunktet er at den objektive forståelse av kontrakten skal legges til grunn, må den som hevder noe annet ha bevisbyrden for det, jf. for eksempel Rt-2002-1155 på s. 1159. Ved å slå fast dette, viser Høyesterett at ordlyden presumeres å uttrykke partenes felles oppfatning.¹²⁴ Der ordlyden er klar, skal det mer til for å fravike ordlyden fordi den antas å uttrykke partenes vilje.¹²⁵

Det er et sikkert utgangspunkt for kontraktstolkningen at ordene og uttrykkene som blir brukt i kontrakten må leses i sammenheng. I Rt-2012-1267 uttaler førstvoterende, dommer Øie, at tolkningen av garantien ikke kunne avgjøres «ut fra bruken av enkeltord og uttrykk isolert sett – hele garantien må leses i sammenheng» (avsnitt 59).¹²⁶ Avgjørelsen var enstemmig. Saken gjaldt et spørsmål om en garanti gitt på engelsk var en påkravsgaranti eller selvskyldnergaranti. Etter en konkret vurdering, der hele garantien og andre momenter ble trukket inn i vurderingen, kom Høyesterett frem til at garantien var en selvskyldnergaranti.¹²⁷

Dette er ikke særegent for norsk rett. I UNIDROIT Principles art. 4.4 står det at «[t]erms and expressions shall be interpreted in the light of the whole contract or statement in which they appear».

En kontrakt må leses i sammenheng fordi vilkårene totalt sett kan sies å ha vært motiverende for parten som vedtok dem. Å legge for stor vekt på utformingen av et vilkår i en tvist, kan

¹²³ Se Monsen (2010) s. 386.

¹²⁴ Høgberg 2005 s. 116.

¹²⁵ Høgberg 2005 s. 143.

¹²⁶ Det kan også vises til Rt-2011-670 (Nye Major) og Rt-2011-679 (Kruses gate).

¹²⁷ Høyesterett trakk også veksler på forfatterregelen (se note 14 under) og partenes etterfølgende opptreden, som bekreftet at garantien var en selvskyldnergaranti.

forrykke den balansen partene hadde tenkt seg. For eksempel kan en part ha godtatt en forpliktelse fordi totalkostnadene reflekterte nettopp det.

Praksis viser at en klar ordlyd krever «klare indikasjoner» eller «sterke grunner» for å fravike den naturlige språklige forståelsen av ordlyden, jf. for eksempel Rt-1994-1311. Tvisten stod mellom to dødsboer og dreiet seg om retten til løsøre. Kontraktbestemmelsen lød slik: «Dessuten overdras alle redskaper og alt inventar for gårdsdriften samt buskap ...» Førstvoterende, dommer Coward, uttalte at ordlyden var klar. Etterfølgende forhold kunne derfor bare få betydning dersom det var «klare indikasjoner» på at partene hadde en annen oppfatning (på s. 1314).¹²⁸ Avgjørelsen var enstemmig.

Ved tolkningen av standardavtaler mellom profesjonelle parter, står ordlyden enda sterkere enn i for eksempel et avtaleforhold mellom to privatpersoner uten særlig erfaring med kontraktsinngåelser. Høyesterett bekrefter ordlydens sterke stilling i blant annet dom inntatt i Rt-2000-806 (konsesjonskraftpris).¹²⁹

Saken gjaldt et spørsmål om pris for konsesjonskraft i en avtale inngått mellom Oslo Lysverker, på domstidspunktet Oslo Energi Produksjon AS, og Hol kommune i 1984. Kraftverket krevet forhøyelse av avtalt pris på grunn av innføring av produksjonsavgift på elektrisk kraft.

Førstvoterende, dommer Coward, understreket innledningsvis at det gjaldt og gjelder avtalefrihet for konsesjonskraftpris. Hun slo deretter fast at ordlyden var klar. Den innebar en fast pris med rom for en viss justering. Oslo Lysverker var «en ytterst profesjonell part med innsikt i området». Oslo Lysverker formulerte også avtalen og kunne enkelt ha formulert et utkast som tok høyde for regulering på grunnlag av offentlige avgifter (s. 814-815).¹³⁰ Det forelå ikke avtalte formål som tilsa at ordlyden skulle tolkes i en gitt retning. Det krevdes

¹²⁸ Dommen er kommentert av for eksempel Høgberg 2005 s. 143 flg. og Woxholth 2014 s. 389 flg.

¹²⁹ Avgjørelsen var enstemmig.

¹³⁰ Dette er et tilleggsargument, den såkalte forfatterregelen. Dette er utslag av en sanksjonstankegang, der den som er nærmest til å avklare et spørsmål må bære risikoen for at spørsmålet ikke ble regulert i avtalen. Se Huser 1983 s. 556-560.

«sterke grunner for å sette [ordlyden] til side – enten dette betegnes som resultat av generelle tolkningsprinsipper eller av avtalerevisjon».¹³¹

Når ordlyden vektes såpass sterkt som den gjør, leder det til en presumsjon for at profesjonelle parter kontraktfester sentrale spørsmål. Et eksempel på det finnes i dom inntatt i Rt-1981-933.¹³²

Spørsmålet i saken var hvordan festeavgiften skulle reguleres. Kontraktens punkt 2 var gjenstand for tvisten. Den lød slik:

«I årlig festeavgift betaler A/S Thunesvei 12 til Rypdal eller til senere eiere av tomten forskuddsvis kr. 4.600,- som tilsvarer 4% av det beløp tomten er verdsatt til ved takstforretning av 12. mars 1947. Avgiften for kalenderåret betales hvert år innen 1. februar. Ved for sen betaling av avgift betales 4% renter.

Eieren av tomten skal innenfor rammen av de til enhver tid senere gjeldende prisbestemmelser ha rett til å kreve avgiften regulert ved avholdelse av ny offentlig verditakst eller så lenge prisreguleringen måtte bestå ved verdsettelse av Prisnemnda eller tilsvarende myndigheter. Sådant regulering kan dog ikke finne sted før 10 år er gått fra kontraktens inngåelse og senere ikke med kortere mellomrom enn 10 år.»

Grunneierne hevdet at annet ledd måtte tolkes slik at avgiften måtte settes i samsvar med de prisreguleringer som gjaldt på reguleringstiden og måtte settes til høyeste lovlig avgift. Førstvoterende, dommer Holmøy, viste til at det ikke gjaldt noen bestemmelse om maksimalrente da kontrakten ble inngått. Det ville ha «formodningen mot seg» at kontrakten ikke skulle regulere «et så viktig punkt som rentesatsen» (side 935). Renten på 4 % i første ledd, måtte legges til grunn ved senere reguleringer.

At ordlyden står sterkest i kontraktsforhold mellom profesjonelle parter, understreker ytterligere avtalens funksjon som et økonomisk instrument. Tvist om avtalens innhold vil ha en negativ innvirkning på verdiskapningen. Selv om dette ikke kommer frem i avgjørelsene det er vist til over, må det likevel sies å være en realitet.

¹³¹ Det kan også vises til Rt-2010-1345.

¹³² Dommen er omtalt hos Høgberg 2005 s. 158-159.

4.2.2.2 Avtalens formål

En objektiv tolkning av kontraktbestemmelsene innebærer ikke at det kun er en naturlig, språklig forståelse av dem som avgjør kontraktsinnholdet. Ordlyden må leses i lys av kontraktsformålet og andre reelle hensyn, jf. dom inntatt i Rt-2010-961 (avsnitt 44). En slik tolkning kan kalles for kvalifisert objektiv tolkning.¹³³ Kontrakten tolkes objektivt, men tolkningsmomentene finnes utenfor teksten.¹³⁴ Slik sett kan man si at det ikke er en egentlig motsetning mellom den objektive tolkning og det å finne en felles oppfatning.

I langvarige avtaleforhold kan det hende at retten har flere momenter til bruk i avtaletolkningen enn i kortvarige. Hva som er et langvarig avtaleforhold kan diskuteres. Den rettslige betydningen av å kalle en kontrakt langvarig er imidlertid ikke stor. Poenget her er å få frem at kontrakter av en viss varighet kan ha gitt rom for at ordlyden må vike for andre momenter, som for eksempel formål og etterfølgende opptreden. Vekten av disse er imidlertid avhengig av kontraktens ordlyd. Er kontrakten klart og detaljert utformet, der rettsvirkningene av bestemmelsene trer klart frem, skal det mye til for å fravike disse, jf. Rt-1994-1311, omtalt under avsnitt 4.2.2.1.

Et eksempel på at forståelsen av kontraktens ordlyd trer tilbake for andre momenter, blant annet formål, kan hentes fra dom inntatt i Rt-2014-560. Saken gjaldt spørsmål om fastsettelse av erstatning for ulempene nedleggelsen av en planovergang medførte. Det var snakk om en frivillig avståelse av en krysningsrett. Erstatningsfastsettelsen skulle skje gjennom skjønn. Stridens kjerne var hvorvidt det skulle anvendes en såkalt tålegrense før erstatning kunne komme på tale. For å fastslå verdien av krysningsretten, måtte Høyesterett gå inn på avtalegrunnlaget for denne.

Førstvoterende, dommer Normann, så formålet som sentralt ved fastleggelsen av rettens innhold. Formålet var å gi grunneier adkomst til den del av eiendommen som ble liggende på nedsiden av jernbanelinjen, tilpasset jernbanens behov. Jernbanens behov måtte fremdeles tillegges vekt selv om ingen av partene neppe hadde forestilt seg hvordan utviklingen av jernbanen ville skje (avsnitt 49). Dette åpnet for en plikt til tilpasning innenfor rimelige grenser.

¹³³ Høgberg 2005 s. 114.

¹³⁴ Høgberg 2005 s. 114.

Avtalen kunne dermed ikke tolkes slik at eiendommens krysningsrett skulle ligge på ett bestemt sted.

Et annet eksempel er Rt-1991-220 (Solli borettslag/fjernvarme), der avtaleformålet – at ingen skulle tape eller tjene penger – ble avgjørende for Høyesteretts forståelse av avtalen.

Spørsmålet i saken dreiet seg om tolkningen av en kontrakt mellom to borettslag om levering av fjernvarme. Revisjon var også aktuelt. Avtalen om levering av fjernvarme sa at prisen skulle beregnes etter selvkost fordelt på mottagerne etter bygningsareal. Leverandøren, Risvollan, krevet etter noen år at mottageren, Solli, skulle betales etter forbruk. Kostnadsfordelingen ble gjort på grunnlag av areal fordi dette ble regnet som den mest presise modellen. Måleresultater viste etter hvert at Solli hadde et vesentlig høyere forbruk enn den avtalte fordeling tilsa.

Førstvoterende, dommer Lund, pekte først på at ordlyden sa at dette var et prosjekt der ingen skulle tape eller tjene penger (s. 224). Et av avtalens formål kom dermed klart frem. Videre fremhevet han at dette var naturlig i en avtale mellom to borettslag (s. 225). Partenes intensjoner var også å finne en sikker beregningsmåte og begge parter var under forhandlingene opptatt av å finne en pålitelig beregningsmåte.

Fra formålstolkningen er det en glidende overgang til den «systeminnrettede tolkning».¹³⁵ Det innebærer at man i tolkningsprosessen tar hensyn til avtalens øvrige bestemmelser og dens systematiske oppbygning.

Det kan vanskelig tenkes at kontrakten tolkes i strid med formålet, se for eksempel Rt-1984-785, der førstvoterende uttalte at «[e]n forståelse som på denne måte motvirker det totalresultatet bestemmelsen nettopp skulle sikre, finner jeg lite naturlig.»

En formålsbasert tolkning kan sies å ivareta hensynet til kontraktsbalansen. Ved å bruke formålet som avgjørende kriterium i tolkningen, avgjør domstolene tvisten på en måte som tar hensyn til de intensjoner partene må ha hatt ved inngåelsen. Samtidig vil en formålstolkning

¹³⁵ Se for eksempel Woxholth 2014 s. 394 og Haaskjold 2013 s. 212.

også bidra til en effektiv kontraktavvikling da en tolkning i samsvar med formålet må sies å skape forutberegnelighet for partene.

4.2.2.3 Tolkning i lys av partenes forutsetninger – grensen mellom innskrenkende tolkning og negativ utfylling

Partenes forutsetninger kan forstås som de motiver partene hadde for å inngå avtalen og dermed kaste lys over deres forståelse av avtalen.¹³⁶ Disse kan ha kommet til uttrykk på forskjellig vis, for eksempel i korrespondanse mellom partene forut for avtaleslutningen eller gjennom deres etterfølgende opptreden. Retten kan også oppstille hypoteser om hva partene ville ha ment dersom de kunne forutse utviklingen, men det er ikke alltid grunn til å legge vekt på slike momenter.¹³⁷ Her må retten finne det sannsynlig at en forutsetning motiverte parten og at han ikke fant det opportunt å innta standpunktet senere, da det viste seg hvordan forholdet mellom partene utviklet seg.

Partenes forutsetninger vil tillegges større vekt dersom ordlyden er uklar. En forutsetning kan imidlertid være et vedtatt avtalevilkår, men vil da være et kontraktsnært moment som brukes som en del av tolkningen.

En subjektiv forutsetning kan være relevant dersom den annen part var klar over den eller at en tolkning i samsvar med denne ikke strider mot det som kan sluttes av andre momenter. Et eksempel på at Høyesterett tolker kontrakten i lys av partenes forutsetninger er Rt-1993-140, der det ble hevdet at garantisten hadde avgitt en garanti uten at kjøpernes kredittverdighet skulle vurderes. Høyesterett kom til at dette likevel var en forutsetning for garantisten og at motparten burde ha forstått dette.

¹³⁶ Det kan presiseres at det her ikke er aktuelt å gå inn på forutsetningslæren. Her er det forutsetningen som tolkningsmoment som er tema.

¹³⁷ En fester vil for eksempel ha så lav festeavgift som mulig, men han kan ikke høres med at festeavgiften skal settes så lavt som mulig fordi han på reuleringstidspunktet ser at en regulering etter pengeverdi gir en gunstig avgift sammenlignet med en regulering etter tomteverdi. Da blir det tale om «bakutsetninger», jf. Arnholm 1975 s. 20.

En anførsel om innskrenkende fortolkning av kontraktsvilkårene er ofte begrunnet i partenes forutsetninger.¹³⁸ Partenes forutsetninger kan også spille en rolle i en såkalt «negativ utfylling». Haaskjold mener at en innskrenkende tolkning bygger på en form for bortfortolkning av urimelige resultater mens den negative utfylling søker å finne en løsning på et problem partene ikke har regulert.¹³⁹ Intuitivt kan dette synes noe motstridende, da det som regel er utfyllingen som kan bygge på mer skjønnsmessige rimelighetsbetraktninger, jf. under. På den annen side vil man med den negative utfyllingen gi kontrakten et tilleggsvilkår man antar at kontrakten hadde fått dersom partene hadde sett for seg det aktuelle problemet. Man finner grunnlaget for vilkåret i partenes antatte felles forutsetninger. Nærheten til kontrakten blir dermed noe fjernere.

Et eksempel på at Høyesterett negativt utfyller avtalen finnes i dom inntatt i Rt-1915-833, der en handlekraftig kjøpmann fra Ålesund hadde inngått en avtale med et selskap om at det skulle sikre levering av «mit forbruk» av petroleum for sesongen 1912 til fast pris. Petroleumsprisen hadde steget og kjøpmannen leverte til personer utenfor eget distrikt og som selskapet selv ønsket å ha som kunder. Kjøpmannen og selskapet var de facto blitt konkurrenter. Kjøpmannen krevde likevel petroleum levert til den avtalte pris. Førstvoterende, assessor Bjørn fant at dette lå utenfor det partene hadde avtalt da kontrakten «maa gives en begrænsning, der fornuftigvis alene kan søkes i omfanget av Oscar Larsens tidligere drevne oljeforretning».¹⁴⁰ På tross av at selve avtaleteksten er relativt klar, gis kontrakten et spesifikt innhold ved at partenes forutsetninger legges inn i den.

Avgjørelsen er et eksempel på at en klar bestemmelse kan settes til side ved hjelp av momenter som ligger helt utenfor avtalens tekst og for så vidt et eksempel på at kontrakten gis en snevrere virkning i kraft av rimelighetsgrunner. Man kunne sagt at partenes oppfatninger tolkes inn i kontrakten. På den annen side blir utfyllingen klarere fordi retten uttaler at kjøpmannens anførsel var «ganske uberettiget som liggende utenfor hvad parterne ved [kontraktens] opprettelse kan ha tænkt sig mulig». Hvis partene ikke kunne tenke seg forståelsen «mulig», er vi noen hakk lengre unna den tradisjonelle avtaletolkningen.

¹³⁸ Se Woxholth 2014 s. 398.

¹³⁹ Se Haaskjold 2013 s. 376.

¹⁴⁰ Se avgjørelsen s. 835.

Om det er grunnlag for utfylling vil være avhengig av hvor nærliggende det var for kontraktsparten å ta forholdet opp ved kontraktsinngåelsen.¹⁴¹ Man må ta utgangspunkt i de faktiske forhold slik de da fremstod.

I dom inntatt i Rt-1968-168 var spørsmålet om en kommune hadde vedlikeholds- og brøyteplikt langs av en vei i Tunhovd. Kommunen hadde anført at det var en forutsetning for avtalen at det skulle være fastboende langs veien, hvilket det ikke lenger var. Førstvoterende, dommer Heiberg, uttalte med tilslutning fra de øvrige dommere, at spørsmålet om fraflytting var nærliggende å ta opp ved kontraktsinngåelsen fordi området allerede da var nokså tynt befolket. Når kommunen ikke hadde tatt opp spørsmålet, kunne det heller ikke være grunnlag for å utfylle kontrakten med en slik begrensning.¹⁴²

Det kan være vanskelig å fastslå en generell grense for når man går fra negativ utfylling til sensur i medhold av for eksempel læren om bristende forutsetninger eller avtl. § 36. Rettens anvendelse av mer generelle rimelighetssynspunkter kan imidlertid tale for at retten tolker avtalen innskrenkende.

Ofte vil de samme momentene være relevante under disse vurderingstemaene. Et eksempel på at parten ikke en gang forsøker å anføre at kontrakten må tolkes i lys av hans forutsetninger, er Rt-1988-276 (Røstad). Spørsmålet i saken var om en festeavgift kunne oppreguleres i medhold av avtl. § 36. Avtalen ble inngått i 1899. Det var klart at partene på det tidspunktet ikke hadde grunnlag for å ha noen formening om inflasjon og fall i pengeverdien.

4.2.2.4 Etterfølgende opptreden

Partenes etterfølgende opptreden er relevant i fastleggelsen av avtalens innhold. Partene vil ved sin etterfølgende opptreden vise hva de har ment å være forpliktet til. Den etterfølgende opptreden kan vise at partene har hatt en felles oppfatning på avtaletidspunktet. Det kan videre tenkes at en opptreden som fraviker kontraktens ordlyd kan bli akseptert som en kontraktsforpliktelse av medkontrahenten ved for eksempel konkludent adferd eller passivitet.

¹⁴¹ Også ved den uklare ordlyd vil forfatterregelen, jf. under, være en aktuell tolkningsregel.

¹⁴² Se for øvrig omtale i Haaskjold 2013 s. 378.

Kan det bevises at en handling var motivert av andre årsaker enn kontraktsforpliktelsen, er det imidlertid ikke aktuelt å legge vekt på den etterfølgende opptreden som tolkningsmoment.¹⁴³ Dersom en parts etterfølgende opptreden står i strid med det avtalte, har medkontrahenten en oppfordring til å reagere.¹⁴⁴ Konkret kan dette begrunnes i at den manglende reaksjon beviser partens forståelse av kontrakten. Et annet synspunkt, som grenser til rimelighet, er at den som ikke reagerer, må finne seg i at motpartens forståelse legges til grunn. Dette kalles sanksjons-synspunktet.

Den etterfølgende opptreden kan brukes som moment for at partene har en bestemt oppfatning av kontraktens innhold. Den etterfølgende opptreden må imidlertid være motivert av partens forståelse av kontrakten og ikke noe annet dersom den skal brukes som tolkningsmoment.¹⁴⁵ Videre kan det være verdt å merke seg at det primære tolkningsgrunnlaget som regel vil være å finne i kontrakten, forholdene på kontraktsinngåelsestidspunktet og årsaken til at avtalen ble inngått.¹⁴⁶

I tillegg til at etterfølgende forhold kan bekrefte hva partene har ment, og dermed fungere som et støtteargument, kan de også få avgjørende betydning dersom de øvrige momenter er uklare.¹⁴⁷ Et eksempel er Rt-2012-1267, der det var uklart om en garanti var en selvskyldnergaranti eller en påkravsgaranti. Avgjørende for Høyesterett ble at den ene kontraktsparten i ettertid hadde betegnet garantien som en selvskyldnergaranti, og først gjorde gjeldende at det var tale om en påkravsgaranti ett år etter stevningen.

4.2.2.5 Noe om standardkontrakter

Dette avsnittet tar sikte på å belyse hvorvidt de ovennevnte momenter tas til bruk ved tolkningen av standardkontrakter. Som det vil vises senere, kan enkelte festekontrakter rubriseres under kategorien standardkontrakter. Særlig gjelder dette standardformularet Opplysningsvesenets fond ofte bruker i sine festekontrakter.

¹⁴³ Se for eksempel Huser 1983 s. 414

¹⁴⁴ Haaskjold 2013 s. 247.

¹⁴⁵ Se for eksempel Høgberg 2005 s. 132 og Haaskjold 2013 s. 250.

¹⁴⁶ Se Høgberg 2005 s. 131. Et eksempel fra rettspraksis er Rt-1993-149 (Bergen kino).

¹⁴⁷ Se Woxholth s. 403-404.

En standardkontrakt kjennetegnes ved at vilkårene ikke er individuelt utformet og tilsiktes brukt i et «ubestemt antall fremtidige, konkrete kontraktsforhold av en bestemt type».¹⁴⁸ Standardvilkår kan være utarbeidet til bruk i en generell bransje eller av en av avtalepartene, et såkalt ensidig standardvilkår. For denne avhandlingen er det den siste gruppen som er aktuelt å behandle.

Det kan vanskelig sies å være en egen tolkningslære for standardkontrakter, men som et utgangspunkt kan det være vanskeligere enn ellers å finne noen holdepunkter for en subjektiv felles forståelse av kontraktsforpliktelsene.¹⁴⁹ Årsaken ligger i standardiseringen. Det er ikke gitt at partene har hatt en felles forståelse av slike vilkår. Nettopp derfor vil ordlyden kunne tenkes å ha sterkere vekt enn ellers. Den må tolkes objektivt i samsvar med den alminnelige språklige forståelse, jf. Rt-1997-1807. Hvis det er snakk om ensidig utformede kontrakter, kan man tolke kontrakten mot den som har skrevet kontrakten.¹⁵⁰

En av årsakene til at vi har standardkontrakter, er at det er ressursbesparende for aktørene det gjelder. En regel om objektiv tolkning av kontraktene, kan sies å være en videreføring av dette aspektet inn i tolkningslæren. Kontraktene skal i utgangspunktet være balanserte. En ordlydstolkning kan tenkes å danne grunnlag for en balansert bransjepraksis slik at partene i tilfelle tolkningstvill kan trekke veksler på denne fremfor å la tid og penger gå med til rettsvisiter.

4.3 Utfylling

4.3.1 Innledende

Formålet med dette avsnittet er å plassere utfyllingslæren i tolkningsprosessen, og å gjøre rede for de prinsipper som ligger til grunn for utfyllingslæren.

Utfylling er en form for kontraktstolkning i den forstand at partenenes forpliktelser etter kontrakten blir fastsatt ved harmonisering av kontraktsrelevante momenter i det konkrete tilfelle uten at det gjøres bruk av utenforliggende regler som for eksempel avtl. § 36.

¹⁴⁸ Se Nisja (2003) s. 302.

¹⁴⁹ Se for eksempel Nisja (2003) s. 312 og Woxholth 2014 s. 419.

¹⁵⁰ Se mer om uklarhetsreglen i punkt 4.4.1.

I prinsippet er det et skille mellom avtaletolkning- og utfylling. I snever forstand innebærer begrepet «tolkning» at avtalens innhold bestemmes på grunnlag av forhold som har nær tilknytning til partene, såkalte «partsspesifikke momenter», som for eksempel ordlyden, partenes berettigede forventninger og etterfølgende opptreden.¹⁵¹ Når man utfyller avtalen, slår man fast dens innhold ved hjelp generelle regler, reelle hensyn og deklatorisk lovgivning, blant annet.¹⁵² Det kan spørres hvor stor rolle dette skillet spiller i praksis, men det er hevet over tvil at utgangspunktet skal tas i de partsspesifikke momenter før det utfylles med andre, mer generelle, momenter. Man kan si at utfyllingen er en mer «vurderingsbetont, skjønnsmessig kompetanseutøvelse fra dommerens side».¹⁵³ Det skal ikke utelukkes at uklarheten om grensene mellom tolkning og utfylling skyldes at domstolene i sin virksomhet ikke er så oppatt av disse grensene, men heller tar sikte på å komme frem til rimelige og fornuftige løsninger.

Det kan sies å være glidende overganger mellom tolkning og utfylling. Mens tolkning tar utgangspunkt i avtaleteksten og andre kilder som stammer fra partene, kan man si at utfylling av kontrakten er å bestemme innholdet på grunnlag av andre kilder enn det som kan ledes til selve kontrakten.¹⁵⁴ Hov omtaler tolkning som «hele den prosess som går ut på å fastlegge de rettsvirkninger av et utsagn som følger av utsagnet selv».¹⁵⁵

Det kan spørres om årsaken til at «utfyllingslæren» er mer diffus enn den alminnelige tolkningslæren, er at det kan virke mer legitimt å begrunne sitt resultat i «tolkning» enn utfylling fordi «tolkningen» skal være begrunnet i kontrakten og andre partsnære momenter. Rettsprak-

¹⁵¹ Se Woxholth 2014 s. 380.

¹⁵² Se Woxholth 2014 s. 380. Se også omtalen av Rt-1997-160.

¹⁵³ Se Krüger 1991 s. 506.

¹⁵⁴ Se for eksempel Haaskjold 2013 s. 346. At skillet mellom tolkning og utfylling ikke er skarpt, reflekteres også i teorien. Woxholth 2014 s. 380, omtaler utfylling som å fastsette avtalens innhold med grunnlag i generelle regler og prinsipper, reelle hensyn mv. Haaskjold sier på sin side at man ved utfylling trekker veksler på vilkår og bestemmelser som utledes fra partenes forutsetninger, bakgrunnsrett eller rimelighetsbetraktninger. Når det gjelder Haaskjolds punkt om partenes forutsetninger, kan dette kanskje sies å være et moment som kan ledes tilbake til partene, slik at Woxholth kan tenkes å kalle dette for tolkning. Noen reell uenighet er det antagelig ikke snakk om. Begge forfattere er enige om at grensen er upresis.

¹⁵⁵ Se Hov 1993 s. 95.

sis sonderer ikke nødvendigvis klart mellom de ulike «tolkningsmetoder», jf. for eksempel Rt-2010-24 (Hanekleivtunnelen), der førstvoterende og målsmann for flertallet, dommer Utgård, omtaler en og samme tolkningsoperasjon som henholdsvis «utfylling» (avsnitt 39), «utvidande tolking» (avsnitt 40) og «utfyllande tolking» (avsnitt 41). Dette kan tyde på usikkerhet om det rettslige grunnlaget for rettsanvendelsen hos flertallet.¹⁵⁶ Et annet eksempel er Rt-1991-220, der førstvoterende uttalte at det ikke spilte noen rolle at anførselen som Høyesterett tok kravet til følge kunne begrunnes i avtalen selv eller i andre regler som for eksempel avtl. § 36. Dette viser at for eksempel rimelighetshensyn kan anføres til fordel for et visst resultat og at disse kan begrunnes i forståelsen av selve kontrakten slik at man dermed har gjort en utfylling fremfor en mer generell rimelighetssensur.

Det er imidlertid klart at utfyllingen har en grense i den forstand at kontrakten ikke kan utfylles slik at den endrer kontraktsforpliktelsens gjenstand, se mer om dette i avsnitt 4.3.3.3.¹⁵⁷

4.3.2 Utfyllingsprinsipper. Finnes det?

Det kan spørres om utfyllingsprosessen i samme grad som tolkningen baserer seg på noen grunnleggende prinsipper. Det er antydning i litteraturen.¹⁵⁸ Som jeg skal vise under, er det forskjellige måter en kontrakt kan utfylles på.

Det er naturlig at utfyllingen til en viss grad gjenspeiler utgangspunktene i tolkningsprosessen.¹⁵⁹ Ved å utfylle en kontrakt, kompletterer man avtaleteksten der strengt partsnære momenter ikke gir svar på tolkningsspørsmålet. Med partsnære momenter kan man tenke seg ordlyd, formål og forutsetninger. Som avsnittene under vil vise, er dette relevante momenter i en tolkning. En utfylling vil imidlertid være mer skjønnsmessig og rimelighetspreget.

Når kontrakten er taus om det aktuelle spørsmål, skyldes det ofte at partene ikke har vurdert spørsmålet som har blitt aktualisert av en konkret situasjon eller et fenomen.¹⁶⁰ Billedlig kan

¹⁵⁶ Se Monsen (2010) s. 397 i note 20.

¹⁵⁷ Se Monsen (2010) s. 384-408, særlig s. 397-398.

¹⁵⁸ Se Huser 1983 s. 125-126.

¹⁵⁹ Se Huser 1983 s. 125.

¹⁶⁰ Se Monsen (2010) s. 384.

man si at man fyller det avtaletomme rom.¹⁶¹ Utfyllingen kan ta utgangspunkt i partenes subjektive forutsetninger (konkret utfylling) eller en objektiv standard (utfylling med bakgrunnsrett). Er kontrakten taus om en problemstilling, kan det likevel tenkes at kontrakten ved sin taushet har regulert spørsmålet.

Mens avtaletolkningen bygger på den felles subjektive forståelse som et prinsipp som grunnlag for tolkningen, finner man ikke noe tilsvarende for utfyllingen. Dette er naturlig. Mens tolkningens prinsipp om felles subjektiv forståelse reflekterer konseptet med en avtale – at man har blitt enige om noe – vil utfyllingen i utgangspunktet falle på siden av en slik fremgangsmåte. Poenget med utfyllingen kan sies å være at man skal dekke et behov, nemlig å fastslå hva avtalen skal si om noe den i utgangspunktet ikke regulerer og dermed noe partene ikke har vært enige om. Derfor kan det hevdes at utfyllingen egentlig ikke bygger på noe prinsipielt grunnlag, men heller dekker et praktisk behov, nemlig at tvisten må få sin løsning. Hvis ikke vil hele konseptet om avtaler falle. Domstolene kan ikke frasi seg en sak fordi den ikke klarer å finne en løsning i de kontraktsnære momenter. Hvis så er tilfelle, vil en av avtalens fremste egenskaper, å sørge for en effektiv avklaring av retter og plikter i et forhold mellom to parter, falle. Det er åpenbart at man ikke kan bruke for lang tid på å utarbeide en avtale.

Det kan spørres om Høyesterett i Rt-2010-24 har utpenslet noen nærmere retningslinjer for den konkrete utfylling.¹⁶² Mer om dette under avsnitt 4.3.3.2.1.

4.3.3 Utfyllingsmetoder

Det kan skilles mellom regelbestemt utfylling og konkret utfylling.¹⁶³

En regelbestemt utfylling innebærer at kontraktens innhold fastslås på grunnlag av bakgrunnsrett, for eksempel hva som er vanlig praksis på kontrakten område og deklarasjonslovgivning. Dette er rettsregler som kommer til anvendelse dersom partene ikke har avtalt seg bort fra dette.¹⁶⁴ Det gjelder ikke noe legalitetsprinsipp for læren om utfylling av kontrakter.¹⁶⁵

¹⁶¹ Se Huser 1983 s. 123 med videre henvisninger.

¹⁶² Se Monsen (2010) s. 384-408.

¹⁶³ Se Woxholth 2014 s. 381.

¹⁶⁴ Se Monsen (2010) s. 385.

Med konkret utfylling menes at man ved hjelp av reelle hensyn, for eksempel rimelighet, utfyller en uklar avtale. Dette kan være aktuelt der spørsmålet ikke finner sin løsning gjennom utfylling ved hjelp av bakgrunnsrett. Det kan for eksempel tenkes at domstolene finner at det kan dannes en regel på grunnlag av kontraktsforholdets egenart, slik Høyesterett gjorde i Rt-1998-656 (Veidekke). Høyesterett fant der at kontraktsforholdet lå slik til rette at det kunne konstateres et grunnlag for direktekrav fra byggherre mot underentreprenør.

4.3.3.1 Regelbestemt utfylling. Utfylling med bakgrunnsrett

Bakgrunnsrettens kilder er å finne i lov, rettspraksis, kutymen, teori og reelle hensyn.¹⁶⁶ Det problematiske ved å utfylle med bakgrunnsrett, er at denne vil være et alternativ til den løsningen kontrakten kan tenkes å ha dersom ordlyden er klar. Dersom ordlyden er klar, kan bakgrunnsretten legges til grunn dersom det kan bevises at den klare ordlyden ikke er et uttrykk for partenes mening.¹⁶⁷ Årsaken til at man da legger bakgrunnsretten til grunn, er at denne som regel vil være en «balansert løsning».¹⁶⁸

Det er imidlertid en terskel for å velge en slik løsning, da det vil være å presse det klare utgangspunkt om at ordlyden tillegges stor vekt i kontraktstolkningen. Det må gjøres en vurdering av regelen det er snakk om å fravike. Det skal for eksempel mye til for å fravike et så sentralt prinsipp som heving av kontrakt.¹⁶⁹ Videre vil et større avvik fra bakgrunnsretten, kreve mer av partene fordi det må komme tydelig frem at man har ment å fravike bakgrunnsretten, se for eksempel Rt-1982-1357. Spørsmålet her var blant annet om en generell ansvarsfraskrivelse om at bygget ble overtatt uten ansvar for selger også omfattet det tilfelle at bygget hadde en mangel i selve konstruksjonen.

Ved uklar ordlyd kan man derimot anta at bakgrunnsretten bør legges til grunn. Det må i tilfelle finnes momenter rundt kontrakten som taler såpass klart for at man fraviker bakgrunnsretten.

¹⁶⁵ Se Erling Selvig i Festskrift til Carsten Smith (2002), Kontraktsutfylling og legalitetsprinsipp. Metodeproblemer i kontrakts- og forvaltningsrettens grenseland, Oslo.

¹⁶⁶ Se Huser 1983 s. 127.

¹⁶⁷ Se Woxholth 2014 s. 413.

¹⁶⁸ Se Høgberg 2005 s. 248.

¹⁶⁹ Se Høgberg 2005 s. 256.

Et eksempel på regelbestemt utfylling finnes i Rt-1979-1099. I den saken forelå ingen klar avtale om ordningen av eiendomsretten mot sjøen i forbindelse med utskillelse av en eiendom. Eierne av den opprinnelige eiendom hevdet at eiendomsretten var begrenset til strandkanten, i strid med det ellers gjeldende midtlinjeprinsippet. Høyesterett utfylte avtalen med bakgrunnsretten og konstaterte dermed at midtlinjeprinsippet kom til anvendelse. For øvrig er dommen et eksempel på at avtalen tolkes mot den som ved en uklar ordlyd hevder en forståelse i strid med bakgrunnsretten.

Det kan i festesammenheng spørres om den reguleringsmetode som var gjeldende da avtalen ble inngått, er å regne for bakgrunnsrett. Bakgrunnsretten er i juridisk teori ansett som lov, praksis, kutymer, teorien selv og reelle hensyn. Dersom det kan slås fast at det på stedet og tiden for avtaleslutningen kan slås fast at det var etablert en praksis for en viss type regulering, kan man si at dette kan danne bakgrunnsretten for en festekontrakts reguleringsbestemmelse.

4.3.3.2 Konkret utfylling

Den konkrete utfylling er en utfyllingsmetode der man ikke legger en generell regel eller et prinsipp til grunn for løsningen. Man kan si at spørsmålet ikke er egnet for generell regulering.¹⁷⁰ Woxholth skriver at man ved konkret utfylling søker etter den «rimeligste løsning» av tvisten.¹⁷¹ Med dette som grunnlag kan man si at den konkrete utfylling er en form for skjønnsmessig fastsettelse av kontraktsforpliktelsene i lys av partenes forutsetninger, kontraktens system, gjenstand og balanse som til en viss grad er rimelighetspreget. En tolkning er på sin side en avklaring av partenes plikter slik de er uttalt i kontrakten.

Med bakgrunn i Rt-2010-24 (Hanekleivtunnelen) kan det spørres om man nå kan antyde noen retningslinjer for den konkrete utfylling, der resultatet til en viss grad kan styres av hvilken fremgangsmåte man velger.¹⁷²

¹⁷⁰ Se Monsen (2010) s. 385.

¹⁷¹ Woxholth 2014 s. 411.

¹⁷² Se Monsen (2010) s. 384-408.

Man kan skille mellom en subjektiv og objektiv standard for tolkningen. I Rt-2010-24, dissens 3-2, valgte flertallet en subjektiv standard mens mindretallet holdt seg til en objektiv standard.

4.3.3.2.1 *Fremgangsmåte – metode. Rt-2010-24 (Hanekleivtunnelen)*

En subjektiv standard vil være knyttet til partenes meninger, mens den objektive standard vil ta utgangspunkt i momenter som ikke kan relateres til partene.¹⁷³

I Rt-2010-24 var spørsmålet om vegvesenet hadde erstatningsplikt overfor et selskap som drev to kiosker ved E18 gjennom Vestfold fordi en tunnel som vegvesenet hadde ansvaret for, kollapset. Inntjeningen til selskapet ble mindre som følge av trafikkreduksjon. Selskapet hadde en avtale med vegvesenet om å drive kioskene.¹⁷⁴

I dommen tar flertallet utgangspunkt i et spørsmål om det var en *felles forutsetning* om at vegvesenet ville misligholde dersom det i lengre perioder ikke var trafikk forbi kioskene. Flertallet, anført av dommer Utgård, fant at vegvesenet ikke ville ta på seg en slik plikt dersom spørsmålet hadde kommet på bane. Videre mente flertallet at kontrakten dreiet seg om leie av lokaler og ikke drift av anlegget. Man ser dermed at flertallet har tatt utgangspunkt i en hypotetisk forutsetning og tatt stilling til hva som er kontraktens gjenstand.¹⁷⁵ Dette er da et subjektivt utgangspunkt for utfyllingen. Høyesterett avviste da at kontrakten kunne utfylles med en misligholdsbestemmelse som omfattet denne situasjonen.

Mindretallet, anført av dommer Matheson, mente at løsningen berodde på hvorvidt vegvesenet hadde plikt til å holde E18 operativ som hovedferdselsåre gjennom Vestfold. Da ble det naturlig at de tok utgangspunkt i *kontraktens formål og natur*.¹⁷⁶ Mindretallet måtte først tolke kontrakten for å fastslå formålet. På bakgrunn av enkeltbestemmelser, konkluderte mindretallet med at kontraktsformålet var at selskapet skulle betjene veiens trafikanter. Videre pekte

¹⁷³ Se Monsen (2010) s. 388 og Huser 1983 s. 67. Den subjektive standard kan videre være felles eller knytte seg til oppfatninger hos en av partene.

¹⁷⁴ Avgjørelsen dreiet seg videre om en subsidiær anførsel om erstatning utenfor kontrakt. Jeg må avgrense mot dette.

¹⁷⁵ Se Monsen (2010) s. 390.

¹⁷⁶ Se Monsen (2010) s. 388.

mindretallet på at kontrakten kom i stand etter anbud, og at selskapets plikt var å betjene trafikantene. Da måtte vegvesenet ha plikt til å sørge for at trafikantene passerte. Mindretallet pekte også på at selskapet hadde investert i anlegget, hvilket må sies å være en *rimelighetsgrunn*.¹⁷⁷

Både flertallet og mindretallet tok utgangspunkt i konkrete kontraktsmomenter, men valgte å gi disse momentene forskjellig rekkevidde. Flertallet tolket kontrakten snevert. Kan det utledes noe mer prinsipielt av flertallets premisser?

Det kan være problematisk at hypotetiske felles forutsetninger er en betingelse for konkret utfylling.¹⁷⁸ Dersom man krever dette, kan man si at flertallet hadde funnet svaret på spørsmålet gjennom alminnelig tolkning fordi felles forutsetninger også er et moment under tolkningslæren. Det kan for eksempel vises til Rt-1993-140, som er nevnt over, der Høyesterett tolket en garanti i lys av garantistens forutsetninger. Hadde felles forutsetninger vært en betingelse for konkret utfylling, skulle flertallet tatt stilling til forholdet mellom utfylling og den alminnelige tolkningslæren.¹⁷⁹

Faren ved konkret utfylling er at man i stedet for å supplere ufullstendige kontraktsbestemmelser, faktisk endrer kontraktsinnholdet. Da bør man i så fall bruke andre virkemidler, som for eksempel avtl. § 36 eller læren om bristende forutsetninger. Terskelen for anvendelse av disse er imidlertid høy, og en kontraktspart bør ikke nå gjennom med sitt krav på grunn av omskriving når det i realiteten er snakk om endring.

Monsen mener at flertallets premisser egentlig beskriver grensene for utfylling, som jeg kommer nærmere inn på under i avsnitt 4.3.3.3. Flertallets noe uklare begrepsbruk kan tale for at man egentlig ikke drøftet innholdet av den konkrete utfyllingen, men bare satte grensene.

¹⁷⁷ Det er ikke dermed sagt at mindretallets løsning er den riktige. Fremgangsmåten er imidlertid en presisering av metoden for utfylling av kontrakt.

¹⁷⁸ Se Monsen (2010) s. 393.

¹⁷⁹ Se i samme retning, med bruk av flere eksempler fra rettspraksis, Monsen (2010) s. 393-396.

For å forstå innholdet av en konkret utfylling, må man gå til mindretallets votum, som har et annet utgangspunkt.¹⁸⁰

Som nevnt bygger mindretallet på kontraktsformålet og kontraktens natur. Mindretallet forsøker å supplere vegvesenets plikter i lys av dette. Kontraktsvilkårene kan tale for eller mot en utfylling, alt ettersom. Det avgjørende spørsmålet er om resultatet man ønsker er «en naturlig og rimelig konsekvens» av formålet og kontrakten.¹⁸¹ Her kan man ta utgangspunkt i forutsetningene, men disse kan naturlig nok være vanskelig å konkretisere i det aktuelle spørsmål.

Det riktige vil antagelig være å ta utgangspunkt i en objektiv vurdering av de forpliktelser som allerede er vedtatt og ut fra disse slutte noe om forutsetninger og «berettigede forventninger». Man må holde seg innenfor en objektiv vurdering for å unngå å skli ut i ren rimelighet eller i realiteten vektlegge «bakutsetninger», uten at det dermed er sagt rimelighet er fullstendig irrelevant.¹⁸² I så måte kan det anføres at resultatet mindretallet kom til ikke er «naturlig», all den tid det er snakk om et profesjonelt kontraktsforhold. Da har rimelighet mindre vekt, og man kan si at det her var selskapet som hadde interesse av å få kontraktfestet et vilkår. Å legge vekt på rimelighet i utfyllingen, bør det, i tråd med tolkningslæren, være mindre rom for i profesjonelle kontraktsforhold.

4.3.3.3 Utfyllingens grenser. Når endres kontraktsgjenstanden? Når går man fra utfylling til rimelighetssensur? Et skille domstolene burde være seg mer bevisst?

I sitt votum anga flertallet antagelig en grense for utfyllingen. Det kan hevdes at flertallet har tatt stilling til kontraktsgjenstanden og at en erstatningsplikt for vegvesenet ville endre gjenstanden, fra å være en leieavtale til å bli en driftsavtale der vegvesenet skulle sørge for trafikk. Flertallet pekte på at vegvesenet eide lokalene. Det vil da falle utenfor kontraktens naturlige ramme å si at selskapets plikt til å drive kiosk korresponderte med en plikt for vegvesenet til å sørge for trafikk.

¹⁸⁰ Disse premissene har fått tilslutning i teorien som uttrykk for riktig utfylling av kontrakt, se Monsen (2010).

¹⁸¹ Se Monsen (2010) s. 399.

¹⁸² Jf. note 122.

Dersom domstolene forandrer kontraktsgjenstanden, vil man være over i en sjanger der man reviderer kontraktsforpliktelsene. En mer konkret grense mot revisjon kan være vanskelig å angi, men man må si at utfyllingen må være i pakt med kontraktens formål og natur. Hvis det er mulig å si at kontrakten kan forstås like «naturlig» på to måter, kan det være grunn til å utfylle kontrakten mot parten som hadde interesse av å få kontraktsfestet et vilkår man søker å oppstille.

Dette taler for at domstolene når de konkret skal utfylle en kontrakt, stiller seg spørsmålet om hva slags kontrakt man egentlig har foran seg og om kravet den ene parten anfører naturlig lar seg forene med den type kontrakt det er tale om. Det kan spørres om dette egentlig er en praktisk fremgangsmåte. Rt-2010-24 viser at dette er et vanskelig tema, og det er ikke gitt at flertallets standpunkt er feil. Like fullt må kontrakten være det styrende utgangspunktet ved utfylling, selv om den er langt mer skjønnsmessig og rimelighetspreget enn tolkningen.

4.4 Avtalerettens sikkerhetsventiler – uklarhetsregelen (forfatterregelen) og minimumsregelen. Tolkning eller utfylling?

Uklarhetsregelen og minimumsregelen kan sies å være metoder man bruker for å avklare kontraktsforpliktelsene. Formålet her er å redegjøre for hva disse går ut på, og å ta stilling til om de kan henføres under kategorien tolkning eller utfylling.

4.4.1 Uklarhetsregelen

Uklarhetsregelen går i korthet ut på at den som har forfattet et vilkår det er tvil om tolkningen av får dette tolket mot seg. Hensynet bak regelen hviler på et culpa-synspunkt. Utgangspunktet er at man skal uttrykke seg klart. Dersom man ikke gjør det, blir dette sanksjonert ved at man får tolket vilkåret mot seg. Man må altså bære risikoen for tolkningstvilen. Dessuten kan man forhindre at forfatteren tilgodeser sine egne interesser i kontraktsutformingen.

Uklarhetsregelen grenser mot god tro-standard, da begge går ut på at kontraktsvilkår tolkes mot den som burde ha avklart tolkningstvilen. Forskjellen er imidlertid at ved god tro-

standarden trekker avtalen i motsatt retning av kontraktspartens vilje, mens ordlyden er uklar ved bruk av uklarhetsregelen.¹⁸³

Uklarhetsregelen er også presisert under navnet forfatterregelen. Forfatterregelen kan ikke umiddelbart legges til grunn som tolkningsregel. Å skrive avtalen hadde blitt en risikofull affære.¹⁸⁴ Dessuten kan avtalen være utformet av partene i fellesskap, slik at det kan være vanskelig for retten å legge til grunn at en av partene er ansvarlig for den aktuelle utforming. Men det behøver ikke å være tilfelle. Likevel finner regelen lettest sin anvendelse ved bruk av standardiserte kontrakter, selv om regelens bruk må avgrenses mot tilfeller der den annen part er initiativtager, har særlig kunnskap om kontraktsobjektet eller hevder at kontrakten innebærer en ekstraordinær ytelse.¹⁸⁵

I Rt-1978-131 uttalte Høyesterett at en «eventuell uklarhet i formuleringen på dette punkt må føre til at den må fortolkes i disfavør av Torco fabrikker som har ansvar for utformingen».¹⁸⁶

Kontrakter kan ikke avklare absolutt alle spørsmål, og man kan ikke nødvendigvis ved kontraktsslutningen forutse alle situasjoner partene kan havne i. Det taler for at regelens anvendelse i det minste får en tilleggsbegrunnelse.¹⁸⁷ Kontraktens balanse og generell rimelighet kan her være rimelige hensyn å hvile en slik begrunnelse på. Dessuten, dersom det egentlig ville være lett å unngå uklarheten, taler det selvsagt for at regelen anvendes.¹⁸⁸

Uklarhetsregelen er i utgangspunktet en tolkningsregel som presiserer kontraktens innhold. Presiseringen tar utgangspunkt i kontraktens egen natur og balanse, og kan kalles en tolkningsregel. På den annen side er regelen subsidiær i den forstand at den trekkes inn der ordlyd eller andre momenter, som for eksempel bakgrunnsrett, ikke taler for en bestemt løsning. Der-

¹⁸³ Se Høgberg 2005 s. 361.

¹⁸⁴ Se Høgberg 2005 s. 365.

¹⁸⁵ Se Høgberg 2005 s. 371-377 med videre henvisninger til praksis.

¹⁸⁶ Høgberg 2005 s. 366.

¹⁸⁷ Se Høgberg 2005 s. 368.

¹⁸⁸ Se for eksempel Rt-1961-1022, der Høyesterett la vekt på at den ene parten var interessert i å sikre egne interesser i kontraktsutformingen.

for kan det sies at bruk av regelen er vel så mye avtaletolkning som en plassering av risiko med grunnlag i kontraktens karakteristika.

4.4.2 Minimumsregelen

Minimumsregelen går ut på å velge det tolkningsalternativ som fremstår som minst byrdefullt for den part hvis ytelsesplikt det er tvil om.¹⁸⁹ Sagt på en annen måte, man velger det alternativ som er «minst inngripende for løftegiveren».¹⁹⁰ Regelen er av subsidiær art. Den anvendes derfor sjelden i rettspraksis. Jeg skal straks komme tilbake kritikken som har blitt satt frem mot bruken av regelen.

Høgberg mener at det ikke finnes noen eksempler på at minimumsregelen har vært anvendt i rettspraksis etter 2. verdenskrig, og det er tvil om regelen har en eksistensberettigelse.¹⁹¹

Regelen kommer i tilfelle til anvendelse i gjensidig bebyrdende kontrakter.¹⁹² Regelen er aktuell dersom ordlyden er uklar og det er tvil om hvilke løftevirkninger en kontrakt har.¹⁹³

Regelen har fått kritikk fordi det er nettopp to parter som yter noe i en gjensidig bebyrdende kontrakt og dermed blir praktisk vanskelig å anvende.¹⁹⁴ Dessuten står den i et motsetningsforhold til uklarhetsregelen. Minimumsregelen taler jo til fordel for den som hevder den minst inngripende løsning, mens uklarhetsregelen sier at uklarheten skal gå utover den som er ansvarlig for denne. I mange tilfeller kan dette være samme person.¹⁹⁵ Dette gjør at det må være et rangforhold mellom reglene. Minimumsregelen kan derfor sies å komme til anvendelse der

¹⁸⁹ Se Huser 1983 s. 568.

¹⁹⁰ Se Woxholth 2014 s. 418.

¹⁹¹ Se Høgberg 2005 s. 394.

¹⁹² Se Huser 1983 s. 572.

¹⁹³ Se Høgberg 2005 s. 378.

¹⁹⁴ Se for eksempel Woxholth s. 418 og utdypende kritikk hos Høgberg 2005 s. 283-395.

¹⁹⁵ Se Høgberg 2005 s. 379.

uklarhetsregelen ikke løser tolkningsspørsmålet eller ikke kan anvendes.¹⁹⁶ En slik subsidiaritet mener Huser å kunne belegge med rettspraksis, men får kritikk av Høgberg.¹⁹⁷

Hensynet bak en eventuell minimumsregel er at man trenger en slags valgregel til slutt.¹⁹⁸ Dessuten kan man si at den oppfordrer partene til å avklare at ytelsene er klart avtalt, men dette er ingen enkel oppgave

Woxholth avviser ikke en minimumsregel hvis forholdene ligger til rette for det.¹⁹⁹ Regelen kan tenkes anvendt dersom noen betinger seg selv en særlig fordel og vedkommende burde ha sørget for at dette kom frem av kontrakten. Høgberg mener at minimumsregelens eventuelle fremtid vil ligge i en slik retning.²⁰⁰

Når det er vanskelig å finne «rene» eksempler på bruk av minimumsregelen etter krigen, jf. over, er det antagelig fordi erfaringen gjør at partene i større grad klarer å utarbeide fullstendige kontrakter, eventuelt, og kanskje vel så sannsynlig, at omstendighetene rundt kontraktsinngåelsen, partenes forutsetninger, kontraktsformålet og det videre kontraktsforløp gir domstolene nok av momenter til å fastslå kontraktsforpliktelsene. Minimumsregelen gir imidlertid uttrykk for en tankegang om at man ikke legger mer i et utsagn enn det som følger sikkert av kontrakten.

4.5 Spesielle tolkningsprinsipper for avtaler med det offentlige?

De alminnelige tolkningsregler gjelder også for avtaler inngått med det offentlige, det være seg stat eller kommune. Det kan spørres om det av denne type avtaler må tolkes objektivt og strengt holde seg til avtaleteksten fordi avtalen kan tenkes å angå flere parter. Praksis tyder imidlertid ikke på dette, jf. Rt-1975-882.

¹⁹⁶ Se Huser 1983 s- 572-573. Det kan her spørres om det ligger noen realitet i utsagnet om at regelen ikke kommer kan anvendes, se Høgberg 2005 s. 380.

¹⁹⁷ Se Huser 1983 s. 573 og Høgberg 2005 s. 380-381.

¹⁹⁸ Se Huser 1983 s. 572.

¹⁹⁹ Woxholth 2014 s. 418.

²⁰⁰ Høgberg 2005 s. 397. Minimumsregelens fremtid synes å være mørk.

Saken gjaldt en avtale om ekspropriasjon mellom en kommune og en privatperson. Spørsmålet for Høyesterett gjaldt hvilke prinsipper for verdsettelse som skulle legges til grunn.

Partene hadde avtalt at kommunen skulle ekspropriere grunnen. Fremgangsmåten ble valgt av skattemessige årsaker. Ekspropriaten hevdet at kommunen hadde forpliktet seg til at lov om erstatning ved ekspropriasjon av fast eiendom 26. januar 1973 nr. 4, nå opphevet, ikke skulle legges til grunn.

Førstvoterende, dommer Blom, tok ikke stilling til om dette fulgte av selve avtaleteksten. Han mente at dette fulgte av partenes forutsetninger slik de hadde fremkommet under forhandlingene. Kommunen hadde i den forbindelse hevdet at «forvaltningsakt», som avtalen må antas å være, måtte tolkes objektivt. Førstvoterende avviste dette. Han fant det «helt uantagelig» at partenes korrespondanse ikke var relevant ved tolkningen (s. 884).

Standpunktet har også fått tilslutning i teorien.²⁰¹ Noe annet er imidlertid at det kan være vanskelig å finne en felles subjektiv partsoppfatning fordi det kan være mange partsrepresentanter på det offentliges side.²⁰²

Selv om det offentlige handler i kraft av privatrettslig autonomi, kan den være bundet av «visse offentligrettslige skranker», jf. Rt-2012-1444 (avsnitt 53). Dette innebærer at staten skal bruke den private autonomi «i tråd med god forvaltningsskikk», jf. Rt-2009-1356 (avsnitt 31). Det vil si at den offentlige parten er bundet av regler om habilitet, forsvarlig saksbehandling, veiledningsplikt og forbudet mot usaklig forskjellsbehandling. Veiledningspliktens omfang må imidlertid vurderes konkret, jf. fvl. § 11(2). Forvaltningen må imidlertid av eget tiltak vurdere behovet for veiledning. Hva har disse skrankene å si for tolkningen?

Antagelig innebærer dette at det som regel vil ha formodningen mot seg at den offentlige part inngår avtaler som favoriserer en privat part eller setter den private parten i en spesielt gunstig situasjon sammenlignet med andre.

²⁰¹ Se for eksempel Huser 1983 s. 409

²⁰² Op.cit. s. 410

Dersom staten eller en kommune binder sin forvaltningsmyndighet, kan det stilles særlige krav til at bindingen kommer klart frem i avtalen. Først kan det presiseres hva begrepet «forvaltningsmyndighet» innebærer. Forvaltningen treffer avgjørelser som er normerende for andre, for eksempel enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven (fvl.) § 2(1) bokstav b, eller forskrift, jf. fvl. § 2(1) bokstav c. Forskjellen på disse to er at enkeltvedtaket er et vedtak som gjelder rett og plikt for en eller flere bestemte personer mens en forskrift gjelder rett og plikt for et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer.

I rettspraksis er det slått fast at bindingen må ha et klart grunnlag i avtalen. Dette skal sikre at bindingen er «tilstrekkelig grundig overveid», jf. Rt-2007-651 (dissens, 3-2). Spørsmålet i saken var om en kommune hadde forpliktet seg til å opprettholde og vedlikeholde en privat vei den hadde overtatt. Flertallet, anført av dommer Skoghøy, fant at kommunen hadde overtatt veien, men ikke forpliktet seg til å vedlikeholde den for en viss periode. Mindretallet, anført av dommer Tønder, fant at kommunen hadde vedlikeholdsplikt.

For statens del gjelder de samme kravene. Dette ble slått fast i Rt-2012-1003 (dissens, 3-2). Spørsmålet i saken var om jernbanen hadde forpliktet seg til å holde gjerder langs Dovrebanen. Selv om saken gjaldt staten som kontraktspart og ikke en kommune som i Rt-2007-651, mente førstvoterende, dommer Falkanger, at «et klarhetskrav» hadde en viss overføringsverdi til denne saken. Falkanger uttalte at «en eventuell binding [må ha] et rimelig klart grunnlag» (avsnitt 35). Etter en gjennomgang av forhistorien til stortingsvedtaket om å bygge Dovrebanen, fant førstvoterende at det forelå en avtale om overtagelse av gjerdene. Denne kunne imidlertid ikke tolkes slik at jernbanen hadde forpliktet seg til å holde gjerder. Staten hadde bare fritatt kommunene fra denne plikten. Mindretallet, anført av dommer Bårdsen, fant det derimot klart at staten skulle holde gjerder langs Dovrebanen.

Det kan presiseres at spørsmålet om binding i disse sakene var et spørsmål om binding av «bevilgningsmyndighet» og ikke den myndighet forvaltningen har til å normere rettstilstanden for andre gjennom enkeltvedtak eller forskrift.

Et spørsmål er om det kan settes likhetstegn mellom «forvaltningsmyndighet» og «bevilgningsmyndighet», slik det kanskje kan se ut til at man har gjort i rettspraksis, jf. over. I mange tilfeller, og jeg vil anta at dette også gjelder for tomtefeste, er avtalen i realiteten en økono-

misk operasjon for det offentlige organ uten at rettstilstanden normeres for den private part, slik det gjøres gjennom enkeltvedtak eller andre vedtak. Virkingene er imidlertid at det offentlige binder opp midler slik at det også her bør stilles et krav om at bindingen var «tilstrekkelig grundig overveid», jf. Rt-2007-651. En viktig del av offentlig virksomhet er ikke bare å normere rettstilstanden på en demokratisk måte (forvaltningsmyndighet), men også å prioritere midler på en måte som ivaretar hensynene til åpenhet og demokratisk kontroll.

4.6 Tolkning eller utfylling – avslutning

4.6.1 Kapittelet oppsummert og de reelle hensyn i fordelingen av kontraktsforpliktelsene mellom partene

Målet for tolkningen er å finne frem til partenes mening og fastslå deres forpliktelser. En tolkning tar utgangspunkt i kontraktens ordlyd mens en utfylling kan ta utgangspunkt i det man kaller for bakgrunnsrett eller være mer skjønnspreget.

En kontrakt må alltid tolkes før den eventuelt skal utfylles. I tolkningsprosessen må man legge ordinære tolkningsregler til grunn.

Rt-2010-24 viser at resultatet av en utfylling kan være avhengig av hvilket utgangspunkt man tar. Det kan være verdt å merke seg at mindretallet tok avstand fra flertallets utgangspunkt fordi problemstillingen flertallet stilte, om det var en felles forutsetning om erstatningsplikt for vegvesenet dersom det ikke var normal trafikk, lett ville by på usikkerhet om hva som var normal trafikk og hvor grensen skulle gå. Mindretallets syn kan dermed sies å være bygget på et ønske om effektiv kontraktsavvikling.

For å unngå vanskelige grensedragninger, kan det være konstruktivt om man i en utfyllingsprosess lar være å oppstille plikter på et grunnlag det må være opp til domstolene å fastslå omfanget av. Hvis man går nærmere inn på kontraktsformålet og ser på helheten i kontrakten (kontraktsforholdet natur), og bruker dette som grunnlag, kan man antagelig finne en løsning som er nærmere knyttet til kontrakten enn dersom man nøyer seg med å oppstille en hypotetisk forutsetning for gjennomføringen av kontrakten.

Gjennomgangen viser også at det er vanskelig å oppstille et klart skille mellom innskrenkende tolkning og negativ utfylling. Slik den negative utfylling fremstilles hos Haaskjold, kan det

virke som det er et skille mellom konkret og negativ utfylling fordi det i den negative utfylling er mindre rom for rimelighet.

Det er lite rom for en såkalt minimumsregel. Hensynene regelen bygger på lever imidlertid fremdeles og har gode grunner for seg. Uklarhetsregelen bygger på reelle hensyn om at risikoen bør plasseres hos den som er nærmest til å ha ansvaret for at det har oppstått tolknings tvil. Minimumsregelen er likevel en subsidiær regel som ikke umiddelbart skal legges til grunn ved tolkningstvill.

For avtaler med det offentlige må den praktisk viktigste tolkningsregel være at en plikt som griper inn i bevilgningsmyndighet må ha et klart grunnlag i avtalen.

Avslutningsvis kan det spørres det mest effektive virkemiddelet for å unngå tvister ville være å gjøre rommet for den utfyllende tolkning mindre. For eksempel kunne man adoptere en «four corner rule» av engelsk merke, og la denne være styrende i kontraktstolkningen. En slik regel går ut på at partenes intensjoner må klarlegges innenfor dokumentets fire hjørner. Den norske tolkningslæren ses ofte som en slags motsetning til denne.²⁰³ Likevel er man heller ikke i engelsk rett fremmed for tanken om at partenes forpliktelser kan bestemmes på grunnlag av mer generelle hensyn. Et eksempel finnes i avgjørelsen fra United Kingdom Supreme Court i saken *Rainy Sky S. A. and others v Kookmin Bank*. Saken gjaldt tolkningen av en «refund guarantee». Det var ikke uttrykkelig avtalt at garantien kunne trekkes på i tilfelle verftets insolvens. Verftet kom under insolvensbehandling. Kjøperne ønsket å trekke på garantien. Banken nektet under henvisning til at det ikke var uttrykkelig avtalt i kontrakten.

Lord Clarke, som de øvrige dommere var enige med, slo fast at utgangspunktet, særlig i en kommersiell kontrakt, er at dens innhold må forstås etter en normal språklig forståelse av ord-

²⁰³ Se for eksempel Haaskjold 2013 s. 23. «The four corner rule» springer ut av forbudet mot såkalt «parol evidence» som man finner i anglo-amerikansk rett. Denne regelen avskjærer som motbevis tolkningsmidler man kan finne utenfor kontrakten. Retten må da basere tolkningen på kontraktsdokumentet slik det foreligger og se bort fra andre tolkningsmomenter, såkalte «extrinsic evidence». Dette betyr for eksempel at man ikke kan føre bevis for at det muntlig var enighet om noe selv om kontrakten uttrykker noe annet. Dette gjelder imidlertid kontrakter som er fullstendig uttømmende, «fully integrated». I motsatt fall, ved kontrakter som er «partly integrated», er det fullt mulig med såkalte «oral representations».

lyden («... ascertaining what a reasonable person would have understood... »). Spørsmålet var hva som utgjorde «business common sense» når partenens intensjoner skulle fastlegges (avsnitt 15). Hvis det var to mulige alternativer, måtte retten velge den som var i samsvar med *business common sense* (avsnitt 21, gjentatt og understreket i avsnitt 31). Lord Clarke slo fast at dersom kjøperne ikke kunne trekke på garantien i tilfelle insolvensbehandling, ville det være et overraskende og ukommersielt («uncommercial») resultat. En ren ordlydsfortolkning kunne lede til det motsatte, men Lord Clarke mente at det ikke måtte bli resultatet.

Her trer hensynet til verdiskaping klart frem i rettens premisser, og kanskje klarere enn hva som er tilfelle i norsk rettspraksis. Avgjørelsen viser imidlertid at en utvidende tolkning fint kan samsvare med det resultatet som best underbygges av kommersielle hensyn. Det kan spørres om det ikke nettopp er hensyn til økonomi og verdiskaping som underbygger en utvidende tolkning. I avsnitt 4.3.2 antydte jeg at utfyllingen først og fremst skulle dekke et praktisk behov. Verdiskaping og hensynet til en rasjonell, økonomisk avvikling kan sies å være slike behov.

5. Tolkning eller utfylling ved fastsettelse av festeavgift

5.1 Innledende om utvalg av typetilfeller, saker og parter

I dette kapittelet analyseres rettspraksis der tvil om tolkningen av reguleringsbestemmelsen knyttet til noen utvalgte aktører. Jeg tar sikte på å kartlegge hvordan domstolene går frem når de tolker og/eller utfyller avtaler med reguleringsbestemmelser. Jeg vil bruke gjennomgangen som er gjort over til å plassere domstolenes fremgangsmåte i utvalgte saker i tolknings-/utfyllingslæren. Den overordnede problemstilling er:

Hvilken fremgangsmåte for fastleggelsen av partenes plikter velger domstolene når de avgjør spørsmål om grunnlaget for regulering av festeavgift – tolkning eller utfylling?

I forlengelse av problemstillingen vil jeg forsøke å besvare følgende delspørsmål:

- a) Trekker domstolene slutninger om reguleringsgrunnlaget ut fra kontraktens ordlyd lest i sammenheng?
- b) Tolkner domstolene Ovfs festekontrakter på linje med andre standardiserte kontrakter?
- c) Hvordan bruker domstolene etterfølgende forhold for å fastlegge partenes forpliktelser?
- d) Når man først har bestemt tomteverdi, er den videre prosessen utfylling med bakgrunnsrett?

Det må presiseres at enhver avtale skal tolkes for seg. Derfor kan det stilles spørsmål om det på grunnlag av et utvalg saker kan dannes et grunnlag for å si at festekontrakter generelt tolkes på en spesiell måte. Jeg tror likevel at en gjennomgang av de saker jeg er kommet til å vise til kan kaste lys over tolkningspraksisen.

Videre er det reguleringsbestemmelsen som er tema for drøftelsen. Det betyr at andre spørsmål ikke skal drøftes i dette kapittelet, for eksempel spørsmål om forlengelse og innløsning. Det utelukker imidlertid ikke at det drøftes saker der festeavgift ikke har blitt betalt etter den opprinnelige avtalen da den etterfølgende opptreden kan ha betydning for tolkningen og tolkningsprosessen.

Enkelte ganger har kommuner festet tomt og fremfestet til boligformål. Slike avtaler omfattes ikke av tomtefesteloven, jf. tfl. § 1 om feste til hus og for eksempel LB-2013-89422 omtalt under avsnitt 5.3.4.2. Avtalefriheten gjelder, likevel.

Jeg vil her drøfte avtaler mellom profesjonelle parter. Utgangspunktet for de avgjørelser jeg viser til, er at det er alminnelige tolkningsprinsipper som skal legges til grunn. Det betyr at de tvungne regler i tfl. § 15 ikke legges til grunn fordi det er snakk om feste til annet enn bolig og fritidshus, jf. tfl. § 15(3) og Rt-2012-1393.²⁰⁴ Om ikke som en umiddelbar konsekvens av at festet er til noe annet enn bolig- og fritidshus, men i alle fall som overveiende sannsynlig, må det legges til grunn at det er snakk om profesjonelle parter. Hva som er en profesjonell part, er som regel klart nok, men det hender at spørsmålet problematiseres.

Det skal kort sies noe om termen «profesjonell part». En profesjonell part kan kjennetegnes ved at parten har innsikt i og kunnskap om det området han befinner seg i og erfaring fra feltet.

I Rt-2003-1132 hadde AS Norrønafly påstått at selskapet i kontraktstolkningen ikke kunne anses som en profesjonell part i festeforholdet med den opprinnelige kontraktsmotparten, staten. I Høyesterett hadde Fornebu Boligspare AS trådt inn i kontrakten som Norrønaflys motpart.

Twisten dreiet seg om Norrønafly hadde adgang til å kreve festekontrakten forlenget.

Førstvoterende, dommer Stang Lund, pekte på at selskapet i lang tid hadde leiet grunn, kjøpt bygninger, drevet med kjøp og salg av fly og annen næringsvirksomhet da kontrakten ble inngått. Selskapets anførsel ble ikke tatt lagt til grunn.

Det er godt mulig at Norrønafly sammenlignet med staten ikke kunne regnes som like profesjonelle. Men at parter profesjonalitet skal relativiseres ut fra hvem som er motpart og at dette skulle få betydning for kontraktstolkningen, ville by på vanskeligheter.

²⁰⁴ Dommen avgjorde, som tidligere nevnt, at tvillaust-kravet kun gjaldt for avtale om at avgiften skal stå uendret.

Når utgangspunktet er at kontrakter skal tolkes objektivt, er at av hensynene bak denne regelen at man skal være trygg på at kontrakten blir oppfylt. Den objektive forståelsen av kontrakten garanterer dette best. Hvis partene i ettertid kan gjøre subjektive synspunkter gjeldende uten større hindringer, ville det medføre en risiko for at partene blir dratt inn i omfattende og kostbare tvister.

En bedre garanti mot ubalanse i kontraktsforholdet er å finne andre steder, for eksempel i lojalitetsplikten eller avtl. § 36. Likevel er det først og fremst er partene som har ansvar for å ivareta sine egne interesser i selve avtalefundamentet. Rimelighetsstandarden i avtl. § 36 beskytter ikke mot de ufordelaktige avtaler, det må være snakk om en kvalifisert urimelighet.

5.2 To private parter

5.2.1 Utvalgte saker

Sakene her er først og fremst valgt fordi partene har vært uenige om selve grunnlaget for fastsettelsen av festeavgift. Det finnes avgjørelser som er behandlet i avhandlingens kapittel 3 som ikke er tatt med her. Det er ikke dermed sagt at disse avgjørelsene er irrelevante for konklusjonene som trekkes.²⁰⁵

5.2.1.1 Rt-2012-1393

Saken reiste et spørsmål om lovtolkning og ett om avtaletolkning. Festeren var Foretakseiendom AS og Kommunal Landspensjonskasse – KLP var bortfesteren. Opprinnelig fester var Fagbygg AS som festet av Oslo kommune. Partene var først uenige om forståelsen av tvill-aust-kravet i tfl. § 15(3). Høyesterett avgjorde at kravet bare gjaldt i spørsmål om det var en reguleringsadgang. Det betydde at alminnelige avtaletolkningsregler skulle legges til grunn.

Dernest var spørsmålet om reguleringen etter tomteverdi måtte opphøre fordi reguleringsbestemmelsen var knyttet til 1975-lovens utgangspunkt om regulering etter tomteverdi. Avtalebestemmelsen lød slik:

²⁰⁵ Avgjørelsene er i første rekke LB-2006-50459, LA-2008-76582 og LH-2012-16666-1.

«Festeavgiften skal kunne reguleres i samsvar med lov om tomtefeste av 30. mai 1975 nr. 20. Likevel skal regulering kunne skje hyppigere enn hvert 10. år såfremt det i fremtiden blir adgang til det.»

Høyesterett mente at ordlyden vanskelig kunne tolkes slik at det var den til enhver tid gjeldende lov som skulle være bestemmende for avgiften. Det kunne man i så fall ha skrevet. Det ville være unaturlig om man overlot til fremtidig lovgivning å regulere avgiften. At man avtalefestet betydningen av fremtidig lovgivning i spørsmålet om reguleringsintervaller, talte for at andre lovendringer ikke skulle legges til grunn. Tomteverdi ble derfor lagt til grunn.

5.2.1.2 LF-2014-53320

Twisten stod mellom to private parter som i 1982 hadde inngått en festeavtale med næringsformål. Spørsmålet var om avgiften skulle reguleres etter tomteverdi eller konsumprisindeks. Det ble oppført et næringsbygg på tomten etter avtaleinngåelsen. Opprinnelig bortfester var død på tidspunktet for forhandlingene og vedkommende som inngikk kontrakten på vegne av fester, et selskap, møtte ikke ved forhandlingene i lagmannsretten.

Reguleringsbestemmelsen sa at «[f]esteavgiften skal være den til enhver tid høyeste lovlige. Partene er kjent med at man etter gjeldende prisforskrifter ikke kan avtale høyere festeavgift enn den som prisnemnda fastsetter og at festeavgiften i alminnelighet fastsettes til 6 % årlig av eiendommens takst». I forbindelse med avgiftsregulering i 1992, skrev bortfester til fester at «for grunnarealer som benyttes til annen bebyggelse kan markedspris legges til grunn ved regulering av festeavgiften». Senere hadde festerne krevet lavere avgift som følge av lavere tomtepriser. I 2002 ble det inngått forlik om avgiftens størrelse.

Lagmannsretten la tomtefesteloven 1996 til grunn. Festerne hadde gjort gjeldende at festeavtalen måtte praktiseres i samsvar med reglene slik de var i 1982, men retten fant ingen mening i dette og viste til at det ville være en svært vanskelig praksis. Retten måtte ta utgangspunkt i alminnelig avtaletolkning, jf. Rt-2012-1393. Retten la til grunn at profesjonelle parter hadde inngått avtalen og at de var klar over diskusjonene om oppheving av prisreguleringen som foregikk på tiden for avtaleinngåelsen.²⁰⁶ Retten la til grunn at det var den høyeste lovlige avgift som til enhver tid skulle legges til grunn. Bestemmelsen om prisforskrifter ble oppfattet

²⁰⁶ Prisreguleringen ble opphevet i 1983.

som en presisering tilpasset det dagjeldende reguleringsregime. Tidligere hadde festerne anført regulering etter tomteverdi. Bortfester hadde på sin side gjort regulering etter KPI gjeldende. Rollene var med andre ord byttet om. Bortfester hadde imidlertid alltid krevet den avgift som ville gi høyest avkastning. Nettopp på grunn av den etterfølgende opptreden, der bortfester først i 2012 krevet regulering etter KPI, la lagmannsretten til grunn at partene hadde avtalt regulering etter tomteverdi.

Kvadratmeterprisen ble basert på råtomtverdi etter strøkspris. Renten satt til 5 % av råtomtverdien.

5.2.1.3 LF-2013-159528

Twisten stod mellom to private parter som var uenige om avgiften skulle reguleres etter tomteverdi eller KPI. De opprinnelige parter hadde i 1966 inngått en festeavtale med næringsformål. Festetiden var satt til 100 år. Både opprinnelig fester og bortfester hadde blitt erstattet av nye selskaper. Reguleringsbestemmelsen lød slik:

«Etter at det er gått 5 år av festetiden, og senere med 5 års mellomrom, dog ikke oftere enn tillatt etter de til enhver tid gjeldende prisforskrifter, skal så vel eier som fester ha adgang til å kreve festeavgiften regulert. Eierne skal kunne velge hvilke av følgende alternativer som skal legges til grunn for eventuell endret festeavgift, nemlig a) tomtens verdi på reguleringstiden, b) engrosprisindeksen, c) rentenivået på denne tid. Det skal nyttes høyest lovlige rentefot som godkjent for feste av industritomt.»

I 2001 ble avgiften regulert etter KPI. Reguleringskrav i 2006 ble ikke vedtatt fordi avtalefristen for regulering ikke var overholdt. Kravet var ledsaget av takst. I 2011 fremsatte bortfester avgiftskrav, beregnet etter tomteverdi. Fester, som siden sist regulering hadde fått overdratt festeretten til seg, aksepterte ikke kravet.

Lagmannsretten tok utgangspunkt i reguleringsbestemmelsen, som sa at fester kunne velge mellom tre reguleringsgrunnlag: Tomteverdi, KPI eller rentenivået. Retten fant at denne ordlyden var klar, og at det skulle «klare holdepunkter» til for å bortfortolke en klar ordlyd.

Videre mente retten at det var naturlig å forstå avtalen slik at det var råtomtverdi som skulle legges til grunn. Man viste til at dette fulgte naturlig av ordlyden og var «den vanlige forståelsen» av slike reguleringsbestemmelser. Når grunneier hadde festet bort en råtomt, var det dennes verdi som dannet grunnlaget for festeavgiften. Det var også utgangspunktet for andre tomter som bortfester hadde festet bort. Selve verdien ble bestemt ved at reguleringsplanen ble lagt til grunn. Retten så hen til omsetningsverdien for tomter i området og til avgiftsreguleringen for nabotomten. Retten la 5 % rente til grunn.

5.2.1.4 LB-2013-108942

Saken gjaldt feste til småbåthavn, der partene hadde skrevet i avtalen fra 1980 at avgiften skulle reguleres «i samsvar med lov om tomtefeste og eventuelle prisforskrifter».²⁰⁷

Lagmannsretten mente at man ikke kunne slutte noe ut av denne ordlyden.²⁰⁸ Det var ikke sagt noe nærmere om grunnlaget for den opprinnelige festeavgiften. Likevel mente lagmannsretten at det hadde formodningen mot seg at avtalen viste til den enhver tid gjeldende lov. Vitneutsagn kunne ikke si noe sikkert om reguleringsgrunnlaget. Da lovens utgangspunkt på ved avtaleslutningen var tomteverdi og fordi kontrakten ikke sa noe om indeksregulering, la retten til grunn at det var påregnelig for partene ved avtaleinngåelsen at tomteverdi ville legges til grunn. Senere regulering viste også dette, da et krav om forhøyelse var basert på tomteverdi. Innsigelsene mot kravet bygget på at tomteverdien var reflektert i prisreguleringens faktorer, slik at disse kunne benyttes.

Det kan diskuteres om resultatet ikke følger direkte av ordlyden. En knapp ordlyd med henvisning til en lov, må som regel forstås som en henvisning til lovens innhold slik det var på avtaletidspunktet. En knapp ordlyd kan derfor tilsi at man lar være å tolke avtalen utvidende, hvilket er det man gjør dersom ordlyden kun er en henvisning til loven. Dersom lovens utgangspunkt skulle bli det motsatte av hva den var da partene inngikk avtalen og dette skulle få direkte innvirkning på avtalen, kunne man si at partene skulle ta høyde for det i selve teksten.

²⁰⁷ Det var her tale om 1975-loven, som hadde tomteverdi som utgangspunkt for reguleringen.

²⁰⁸ Se her i en noe annen retning Høyesterett, Rt-2012-1393, som mente at det hadde formodningen mot seg at den til enhver til gjeldende lov skulle regulere grunnlaget for festeavgiften. I RG-2009-601 la retten uten videre til grunn at henvisningen til loven måtte medføre tomteverdiregulering.

En slik løsning følger også av at man ikke bør tolke en avtale mer utvidende enn man har sikkert grunnlag for.

Selve tomteverdien ble vurdert konkret og basert på havnens størrelse, beliggenhet og utleiegrunnlag.

Et annet tolkningsspørsmål, som ikke var til behandling, er i hvilken grad loven kan legges til grunn for avtaleforholdet selv om det i utgangspunktet ikke er omfattet av loven. Loven gjelder i utgangspunktet feste av tomt til hus, jf. tfl. § 1. Dette var også regelen i 1975-loven. Feste til for eksempel småbåthavn er antagelig ikke feste til tomt av hus. Kan en henvisning til loven i et enkelt punkt i kontrakten føre til at loven likevel gjelder for hele kontrakten? Utsagn må ikke tolkes lenger enn det er grunnlag for. At man derfor har bundet kontrakten til lovens reguleringer for alle kontraktspunktene, kan man derfor være skeptisk til.

5.2.1.5 LB-2013-79322²⁰⁹

Twisten stod mellom to selskaper som blant annet var uenige om reguleringsgrunnlaget for festeavgift for tomt til næringsformål.²¹⁰ De opprinnelige partene var ute av bildet. Avtalen om reguleringen lød slik:

«Festeavgiften skal i dag beregnes etter kr 160 000, - og skal være den høyeste avgift som til en hver tid godkjennes av prismyndighetene, for tiden 5% og utgjør således i dag kr 4 000, - pr. halvår.

Grunneieren kan om han så ønsker, kreve festeavgiften regulert hvert 3. år, og hensyn skal i slike tilfelle tas til verdien av tilsvarende tomter samt til rentenivået på det tidspunkt eventuell regulering av festeavgiften vil bli foretatt.

Festeavgiften forfaller til betaling forskuddsvis hvert halvår, første termin ved underskrift av denne kontrakt.»

Festeavgiften ble senere regulert fem ganger, én gang etter en multiplikasjonsfaktor fastsatt med utgangspunkt i KPI. Senere ble det fremsatt krav etter takst, men det var uenighet om når

²⁰⁹ Partene var uenige om fastsettelsen av forsinkelsesrente, og anket dette spørsmålet inn for Høyesterett, se Rt-2014-501.

²¹⁰ Høyesterett kom i Rt-2013-504 at boligutleie i næring ikke var «tomt til bustadhus», jf. tfl. § 15.

avgift etter denne ble betalt. På tomten stod det en lavblokk med 22 leiligheter og et næringslokale i kjelleren.

Fester hevdet at festekontrakten ble endret som følge av to brev fra bortfesteres advokat der det stod at regulering ville foretas i samsvar med KPI-endring. I brevene ga bortfester imidlertid uttrykk for at han mente at avgiften skulle fastsettes på en annen måte. Selv om lagmannsretten først vurderte brevenes betydning før de gikk inn på tolkningen av avtalen, må den riktige forståelsen av avgjørelsen være at utgangspunktet er avtalen ligger til grunn og at ordlyden er klar.

Lagmannsrettens tolkning av avtalen tilsa at etterfølgende forhold ikke ble tillagt noen vesentlig vekt. Brevene viste ikke til partenes opprinnelige avtale, endret ikke innholdet i denne og inneholdt også et forbehold om at avgiften egentlig skulle reguleres etter tomteverdi. Dette må antagelig ses som en henvisning til regelen om at det kreves sterke holdepunkter for å fravike en klar ordlyd, jf. Rt-2002-1155.

Råtomtverdi ble lagt til grunn. Renten ble satt til 5 %.

5.2.1.6. LB-2012-65885

Et eksempel på at ordlyden fravikes kan hentes fra Borgarting lagmannsretts dom, LB-2012-65885.

Saken stod mellom Aker Brygge AS, grunneier, og Bryggegata AS og Olav Nils Sunde Eiendom AS, fester. Eiendommen, gnr. 209, bnr. 439 i Oslo kommune, var eiet av Aker Brygge AS mens grunnbokshjemmelen lå hos Verkstedhallene AS. Aker Brygge AS ble stiftet i 2005 i forbindelse med utfisjoneringsen av eiendomsmassen på Aker Brygge fra Linstow Eiendom AS. Norwegian Property ASA kjøpte Aker Brygge AS i 2006. Linstow ble eier i 1996 etter Aker Eiendom AS og Vigilius AS.

Den 1. oktober 1985 inngikk Aker Eiendom AS og Vigilius AS en kontrakt med seg selv om bortfeste av eiendommen. Festerne hadde rett til å overdra festeretten og til å fremfeste deler av festet når det ble solgt eierseksjoner. I realiteten innebærer denne konstruksjonen at grunneier fester bort til seg selv før eiendommene blir fremfestet til seksjonseierne.

Reguleringsbestemmelsen lød slik:

«I festeavgift betaler festeren årlig kr 28.318,00 som svarer til kr.1 pr. m2 brutto gulvareal inklusive andel av fellesarealer i nåværende bygg.

Begge parter skal ha rett til å kreve festeavgiften regulert hvert 10. år. Skulle offentlige forskrifter eller bestemmelser være til hinder for at reguleringsspørsmålet tas opp ved utløpet av vedkommende periode, kan dette tas opp for den gjenværende del av neste periode innen tre måneder etter at forskriftene er bortfalt.

Festeavgiften skal ved reguleringen fastsettes etter en rentefot og baseres på en eiendomsverdi som i størst mulig utstrekning tilsvarer hva det på reguleringstiden betales ved nytt bortfeste av grunnarealer som er sammenlignbare med hensyn til beliggenhet, størrelse, grunnforhold og utnyttelse.

Festeavgiften løper fra 1. juli 1985 og betales til grunneieren forskuddsvis for ett år ad gangen innen 1. juli hvert år første gang 1. juli 1985.»

Festeforholdet skal vare frem til 31. desember 2085. Festeren skal betale årlig avgift på kr. 28 318. Dette tilsvarer 1 kr per brutto kvadratmeter gulvareal. Kontrakten inneholdt en bestemmelse om regulering.

Eiendommen ble seksjonert og sameiet ble kalt Sameiet Verkstedhallene. Sameiet bestod av Aker Brygge AS og Vigilius AS. Bryggegata AS ervervet sine seksjoner i henholdsvis 1998 og 1989. Olav Nils Sunde Eiendom AS ervervet sin seksjon i 1993.

Fra 1985 til 2010 ble det verken krevet eller betalt festeavgift.

18. juni 2010 fremmet Norwegian Property ASA krav mot alle festere om å betale festeavgift med virkning fra 1. juli 2010. Seksjonseiere som ikke var eiet av datterselskap av Norwegian Property ASA motsatte seg kravet. For Bryggegata AS ville årlig festeavgift utgjøre kr 4 700 000 mens den for O N Sunde Eiendom AS ville utgjøre kr 700 000.

Lagmannsretten behandlet først spørsmålet om det var grunnlag for betalingskrav etter feste kontrakten. Spørsmålet ble besvart bekreftende. Lagmannsretten mente at det måtte kreves «sterke holdepunkter» for å se bort fra bestemmelsen om at det skulle betales festeavgift.

Lagmannsretten mente at slike holdepunkter forelå og at bortfesterne «ikke på noe tidspunkt» hadde krav på festeavgift. Det ble vist til flere vitner som hadde uttalt at en del av årsaken til

at grunneierne valgte festemodellen var at man kunne beholde grunneierkontrollen uten å måtte bli enige med andre eiere i utbyggingsprosessen. Dette var gunstig, blant annet i forhandlinger med Oslo havnevesen om tomtegrensen. Et av vitnene uttalte at kjøpere ervervet seksjonene med full verdi som om de ervervet en ideell andel av grunnen.

Senere salg hadde skjedd til priser som ikke tok hensyn til at det forelå et festeforhold. Det ble heller ikke krevet inn festeavgift. Selv om avgiften ville gi beskjedne inntekter, mente lagmannsretten at det hadde formodningen mot seg at profesjonelle parter ikke innkrevet en avgift dersom de mente å ha krav på den. Dessuten ble ikke oppreguleringsadgangen benyttet. Til slutt pekte lagmannsretten på at selv om det i 1998 og 1999 ble diskutert hvorvidt festeformen var hensiktsmessig ble heller ingen avgift innkrevet.

Det må antas at lagmannsrettens formulering om at det kreves «sterke holdepunkter» for å fravike ordlyden har samme betydning som «klare indikasjoner», jf. Rt-1994-1311. Språklig sett kan formuleringen «klar indikasjon» muligens fremstå som et strengere krav enn formuleringen «sterkt holdepunkt». For eksempel er ordet «klar» er synonymt med «utvetydig». Formuleringen «klar» gir inntrykk av at det ikke er noe rom for tvil om hva partene har ment om kontraktens innhold. Det er likevel ikke grunnlag for å si at lagmannsretten fraviker det Høyesterett tidligere har slått fast. Hertil kommer at Høyesterett selv har brukt andre formuleringer, som for eksempel «sterke grunner» i både Rt-2000-806 og Rt-2010-1345 (avsnitt 59).

Dommens resultat bygger på partenes adferd etter kontraktsinngåelsen. I langvarige kontraktsforhold vil partenes adferd kaste lys over den forståelsen av kontrakten partene hadde ved inngåelsen. Det kan selvsagt også tenkes at partene ved konkludent adferd har forlatt det standpunkt de opprinnelig hadde da kontrakten ble inngått. Vurderingstemaet er imidlertid det samme: Finnes det klare indikasjoner eller holdepunkter for at partene har ment at ordlyden skulle fravikes? Den etterfølgende adferd har imidlertid ikke samme nærhet til kontraktsinngåelsen som for eksempel avtalens formål eller forhistorie. I LB-2012-65885 trakk imidlertid begge disse tolkningsmidlene i samme retning. Vitnene forklarte at formålet med å inngå en festeavtale var at bortfestersiden skulle beholde kontrollen over grunnen i forhandlinger med havnevesenet. Samtidig ble det heller ikke betalt festeavgift. Begge disse momentene talte for at det ikke lå noen realitet i kontraktens bestemmelser om innbetaling av festeavgift.

5.2.2 Avsluttende bemerkninger om de omtalte avgjørelsene

Avgjørelsene som er gjennomgått over, viser at den som har fått avgiften regulert i samsvar med tomteverdien, har fått størst del av grunnrenten. Den største delen av grunnrenten er man sikret dersom tomteverdi som reguleringsgrunnlag tas inn i selve kontrakten. En henvisning til lovreguleringen som bygger på tomteverdi skal i utgangspunktet være nok til å sikre dette. LF-2013-159528 er kanskje det klareste eksempelet på dette, der bortfester hadde sikret seg en valgmulighet i kontrakten.

Kontraktens utgangspunkt må imidlertid følges opp selv om det skal en del til før ordlyden utfylles med andre momenter. Slike momenter må være nokså klare dersom de skal fravike det som følger av en naturlig forståelse av ordlyden. I langvarige kontraktsforhold, som feste-forhold som regel er, må det kanskje kunne kreves at denne praksisen er rimelig konsistent, som for eksempel i LB-2012-65885. I et langvarig avtaleforhold vil det være flere anledninger til å fravike ordlyden enn i et kortvarig. Det kan dermed tenkes at slike avvik bør tillegges mindre vekt enn i de kortvarige. Momentene må vurderes opp mot kontraktsforholdet som en helhet.

Hensynet til forutberegnelighet og en effektiv ressursbruk kan tale for dette. Det kan være at partene på et gitt tidspunkt ser seg nødt til å fravike avtalens utgangspunkt, for eksempel av hensyn til festerens økonomi, uten at man egentlig mener at dette skal danne praksis for resten av avtaleløpet. Partene gis dermed et rom for å fravike avtalen uten å måtte bruke ressurser på å gjøre nye avtaler for fremtiden. På den annen side kan en også løse uventede utfordringer ved å ta forbehold om at fravikelsen er et engangstilfelle. Likevel er det ikke gitt at en fravikelse er nøye gjennomtenkt.

5.3 Opplysningsvesenets fond som bortfester

5.3.1 Fondets formål og eier

Opplysningsvesenets fond ble opprettet ved lov angaaende det beneficerede Gods av 20. august 1821. Formålet var å holde det for geistligheten beneficerede gods adskilt fra statens eiendommer.²¹¹ I dag reguleres fondet av lov 7. juni 1996 nr. 33 om Opplysningsvesenets fond (ovfl.). Lovens formål er at fondet skal komme Den norske kirke til gode, at verdiene blir bevart og gir avkastning i samsvar med Grl. § 116, jf. ovfl. § 2. Grunnloven § 116 lyder slik:

«Så vel kjøpesummer som inntekter av det gods som er benefisert geistligheten, skal bare anvendes til geistlighetens beste og til opplysningens fremme. Milde stiftelsers eiendommer skal bare anvendes til gagn for disse.»

Fondet har en samfunnsoppgave, da det blant annet skal ivareta en viktig del av kirkehistorien gjennom å forvalte og bevare prestegårdene.

Fondets organisering er i dag en annen tidligere. Fondet har en forretningsmessig strategi der et av hovedformålene er at fondet skal gi høyest mulig avkastning.

Fondet har flere ulike virksomhetsområder. Fondet gjør investeringer innen eiendomsforvaltning og småkraft. Fondet eier også verdipapirer som har en anslått verdi på omtrent kr. 1,8 milliarder.²¹²

Eiendomsretten til fondet har lenge vært uavklart. Forvaltningsmyndigheten er lagt til Kongen, jf. ovfl. § 4. Den norske kirke er begunstiget. Lovavdelingen har tidligere lagt til grunn at staten eier fondet, og fikk departementets tilslutning til dette.²¹³ I budsjettproposisjonen for budsjettåret 2008 la departementet til grunn at fondet tilhørte staten.²¹⁴

²¹¹ Se Ot.prp.nr. 68 (1994-1995) s. 3.

²¹² Se Ovfs årsrapport for 2013.

²¹³ Se lovavdelingens brev 23. november 2000 til Miljøverndepartementet og Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet og St.meld. nr. 14 (2000-2001) s. 48-49.

²¹⁴ Se St.prp. nr. 1 (2007-2008) fra Kultur- og kirke departementet, s. 180.

I en artikkel som ble publisert på Fornyingsdepartementets hjemmesider den 31. juli 2013, uttalte imidlertid daværende statsråd Rigmor Aasrud at «[f]ondet eier seg selv og kalles gjerne en stiftelsesliknende innretning. Her i landet har vi knapt noen sammenliknbar rettslig konstruksjon». Det siste utsagnet kan kalles et understatement. Vi har ingen sammenliknbar rettslig konstruksjon i Norge. Årsaken ligger i at Grunnloven bestemmer fondets formål, som også må sies å være helt særegent.²¹⁵

Det er tvilsomt om statsråden har rett i at fondet eier seg selv. Advokat Frode Innjord skrev i 2008 en utredning for Opplysningsvesenets fond at fondet eier seg selv. Etter min mening drøfter imidlertid ikke Innjord i tilstrekkelig grad om Riksforsamlingen la til grunn at fondet ble eiet av staten allerede ved vedtagelsen av Grunnloven. Det som i dag er Grl. § 116 ble opprinnelig foreslått som annet og tredje ledd til § 31, som i dag er § 19. Paragraf 19 sier at kongen våker over at statens eiendommer bestyres på den måten Stortinget bestemmer.²¹⁶ Slik ble § 31 også vedtatt. Jeg mener at dette er et uttrykk for at Riksforsamlingen så på det benefiserte gods som statens eiendom. Redaksjonskomitéen, som splittet § 31 i to, hadde bare mandat til å sette Grunnloven i stil og orden. Komitéens redaksjonelle endringer kan derfor ikke tillegges noen vekt i denne sammenheng.

Det kan være nyttig å se på hva fondet består av først. Hva er «kjøpesummer» og «inntekter av det gods som er benefisert geistligheten»?

5.3.2 Noen nøkkeltall

Fondets verdier ble ved utgangen av 2012 beregnet til omtrent kr. 7,2 milliarder.²¹⁷ Finanskapitalen utgjorde omtrent kr. 1,8 milliarder av dette. Verdien av festede tomter er kr. 1,6 milliarder. Det må imidlertid presiseres at dette er verdianslag. Fondets formuesmasse består blant annet av mye eiendom. Opphavet til disse går tilbake til førreformatorisk tid. Det benefiserte gods er det som også kalles for «prestebordsgodset» eller «prestebolet».

Fondet hadde per 2013 omtrent 7600 festekontrakter. Dette representerer en nedgang fra 2009 på 1300 kontrakter. Rundt 5200 av fondets kontrakter gjelder feste til bolig- og fritidsformål.²¹⁸ Styret opplyser i sin beretning for 2013 at inntekten fra festekontraktene er «stabilt

²¹⁵ Det må antas å være historiske årsaker til at fondet fortsatt er nevnt i Grunnloven. Statens pensjonsfond utland er langt viktigere, men formålet er ikke grunnlovsbestemt.

²¹⁶ Se Innjord (2008) s. 31-33 som viser til Riksforsamlingens forhandlinger, første del – protokoller – s. 443.

²¹⁷ Tallene er hentet fra fondets årsrapport for 2013.

²¹⁸ Se styrets beretning i fondets årsrapport for 2013, s. 24.

økende» på tross av at antall kontrakter har gått ned. I 2013 fikk fondet inn kr. 87 855 000 for sine festekontrakter.

For 2013 ble verdien av ytelsene til kirken beregnet til å være kr. 136,8 millioner.

5.3.3 Har Den norske kirke eksklusiv rett til fondet?

I dette avsnittet vil jeg drøfte hvorvidt kirken kan sies å ha en eksklusiv rett til Opplysningsvesenets fond. Jeg vil se på om dommen inntatt i Rt-2010-535 (Ovf) legger noen forutsetninger til grunn som røkter ved kirkens eksklusive rett til fondet, jf. ovfl. § 2, og deretter hvilke konsekvenser Høyesteretts tolkning av Grl. § 106, nå § 116, vil ha for festeavtalen mellom fondet og Universitetet, som er omtalt i avsnitt 5.4.

5.3.3.1 Kirkens eksklusive rett, jf. ovfl. § 2

Ovfl. § 2 slår fast at fondet skal komme Den norske kirke til gode. I Ot.prp. nr. 68 (1994-1995) slås det innledningsvis fast at paragraf 2 tar med fondets formål «slik det blir tolka i dag».²¹⁹ Utgangspunktet for bestemmelsen i daværende Grunnloven § 106, nå § 116, var imidlertid at 1) geistlighetens benefiserte gods skulle holdes adskilt fra staten, 2) avkastningen skulle gå til formål til det beste for geistligheten og til opplysningsvirksomhet.

Aschehoug mente at Kirken ikke hadde noen eksklusiv rett til fondet. Også verdslige opplysningsformål kunne tilgodeses.²²⁰

Om Kirken nå har eksklusiv rett til fondet, beror på en tolkning av Grunnloven § 116 sammenholdt med andre kilder, primært ovfl. § 2. Denne bestemmelsen lyder som følger:

«Lova skal sikre at fondet kjem Den norske kyrkja til gode og at verdiane blir bevarte og gir avkastning i samsvar med Grunnlova § 106.»

²¹⁹ Se proposisjonen s. 3.

²²⁰ Aschehoug 1892 s. 483-484. Se også i samme retning Castberg 1964 s. 140.

Loven er ikke gitt nytt innhold etter at Grunnloven ble endret våren 2014. Dette var heller ikke naturlig da endringen i 2014 kun gjaldt språk og plassering. Bestemmelsen er en direkte henvisning til Grl. § 116.

I Ot.prp. nr. 68 (1994-1995) på s. 27 uttaler departementet i sine merknader til bestemmelsene at «Stortinget kan vedta å snevre inn formålet, men ikkje utvide til andre formål». Synet ser ut til å være begrunnet i at kirken stod for mye av undervisningen før allmueskolestellet etter hvert ble innført. Inntil universitetet ble opprettet, var skolevesenets andel i avkastningen basert på Christian den IVs brev av 1647. Der stod det at de egentlige kirkeformuers overskudd skulle benyttes «til intet andet end Kirkernes og Skolernes Fornødenhed samt anden kristelig og geistlig Brug efter særdeles Omstændighed».²²¹ Det var i egenskap av å være en del av kirken at skolevesenet fikk slik støtte.

Det kan her være på sin plass å se nærmere på hva som tidligere har blitt lagt i begrepet «opplysningens fremme». I Christian Frederiks dagbok kan man lese at «[d]enne grundsætnings (§ 106) anvendelse på universitetet og andre grener av oplysningen er utsat til senere riksforsamlinger».²²² Det var imidlertid klart at kirken og skolene skulle beholde det benefiserte gods etter den opprinnelige bestemmelse.

Christian Frederiks dagbokskrift viser at «opplysningens fremme» åpner for at universitetet tilgodeses. Universitetet i Oslo, da kalt Det Kongelige Frederiks Universitet, ble opprettet allerede i 1811. Som allerede nevnt landet Aschehoug på den konklusjonen. Senere har også universitetet blitt tilgodesett med en fast andel av fondets avkastning.

I Ot.prp. nr. 51 (1962-1963) (ikke elektronisk tilgjengelig) om lov om endringer i de kirkelige særfond, står det at man ikke lenger fant grunn til å opprettholde den særlige lovreguleringen som sa at avkastningen skulle fordeles med 1/3 til Universitetet og 2/3 til kirkelige formål.

Årsaken var at utgiftene både til kirkelige formål og universitet helt ut ble bevilget over statsbudsjettet. Det ble dermed opp til Stortinget å avgjøre bruken av fondsavkastningen innenfor

²²¹ Hertzberg 1898 s. 154.

²²² Raabe 1914 s. 205.

grunnlovsbestemmelsens rammer. Denne muligheten har Stortinget benyttet seg av gjennom vedtakelsen av ovfl. § 2.

Foreløpig kan det konkluderes med at Kirken ikke har en eksklusiv rett til fondet, men at Stortinget kan gjøre avgrensninger innenfor bestemmelsens formål. Dette støttes for eksempel av St.meld. nr. 41 (2004-2005), der det står at «[f]ondets formål følger av Grunnloven § 106 og av fondsloven § 2».²²³

Holder denne konklusjonen etter dommen inntatt i Rt-2010-535 (plenum, 9-4)?

Førstvoterende og målsmann for flertallet, dommer Støle, bygger klart på at bestemmelsen er gitt til vern om økonomiske rettigheter. Kan Stortinget da innskrenke den ene berettigedes andel av fondet til null? Det var i lang tid vært forutsatt at Universitetet kunne tilgodeses gjennom § 116 (tidligere § 106). Dette ble også lagt til grunn i Rt-1911-106, som førstvoterende viser til. Universitetet ser ikke ut til å ha vært en del av de verdslige statsformål som paragrafen skulle sørge for at ikke nøt av fondet. Hvis bestemmelsen er gitt til vern om økonomiske rettigheter, er det naturlig å spørre hvem som gis disse rettighetene. I følge Grl. § 116 er det geistligheten og opplysningsformål. På tross av at så å si hele den kirkelige virksomhet finansieres over offentlige budsjetter – flertallet legger til grunn at fondets avkastning utgjør en liten del av finansieringen av kirkevirksomheten og at årlige overføringer fra stat og kommune utgjør omtrent kr. fire milliarder (avsnitt 115) – kunne ikke det være avgjørende i denne sammenheng.

På den annen side ser det ut til at en vesentlig del av førstvoterendes innvendinger mot instruksens baserer seg på at instruksens innhold, å tilgodese festere utover det som følger av tomtefesteloven. Dette ville gå ut over de grunnlovbestemte formål, uansett om det er tale om kirkelige formål eller opplysningsformål. Likevel slår førstvoterende klart og tydelig fast at bestemmelsen er til vern om økonomiske rettigheter. Han legger til grunn at det er kirken som

²²³ Meldingen s. 33.

skal tilgodeses på tross av at dette er en forutsetning Stortinget har tolket inn i bestemmelsen da det i 1963 ble vedtatt at Universitetet i Oslo ikke lenger skulle tilgodeses av fondet.²²⁴

Annenvoterende, dommer Øie, mente at instruksen ikke var i strid med § 106. Hun la til grunn for sitt votum at festeren ytte den største økonomiske innsats i et festeforhold og at festerne i møte med Ovf antagelig hadde «små muligheter» til å påvirke avtalenes innhold (avsnitt 156).

Hun mente at rekkevidden av kravet til forsvarlig forvaltning var «noe usikker» (avsnitt 161) blant annet fordi bestemmelsen ikke var «utførlig drøftet eller problematisert» i de kilder førstvoterende hadde nevnt. Hun fremhevet videre at endringene i fondets oppgaver siden 1814 måtte tillegges vekt. Staten hadde selv overtatt de fleste av fondets oppgaver. Fondets midler strakk ikke en gang til innenfor de «kirkelige formål det fortsatt er meningen at fondet skal ivareta» (avsnitt 163). Nettopp fordi fondet selv i liten grad ivaretok de formål fondet skulle finansiere, måtte staten stå friere til å avgjøre hva som var forsvarlig forvaltning av midlene.

I motsetning til førstvoterende, som klart fant at instruksen var i strid med GrL § 106 og at Stortingets syn dermed ikke kunne være avgjørende, mente annenvoterende at den tette forbindelsen det var mellom de formål bestemmelsen skulle beskytte og bevilgningsmyndigheten medførte at Høyesterett måtte respektere Stortingets syn på grunnlovmessigheten.

Tredjevoterende, dommer Endresen kom til samme resultat som dommer Øie, men med en annen begrunnelse. Hans utgangspunkt var at § 106 rettet seg mot Stortinget slik at Stortinget måtte vurdere grunnlovmessigheten av bruken av fondet. Kirkens interesse i fondet hadde alltid vært begrenset da Grunnloven tilgodeser både geistligheten og skolevesenet. Forutsetningen for vedtagelsen av § 106 var ikke lenger til stede.

Kirkens rettigheter og utsagn om disse måtte leses med den forståelse at kirken er statens religionsvesen og at det er storting og regjering som har styringsmakten i kirkesaker (avsnitt 182 og 183).

I spørsmålet om prøvingsintensiteten, mente dommer Endresen at saken ikke kunne ses som et spørsmål om økonomiske rettigheter. Det forutsatte i tilfelle at saken gjaldt en berettiget hvis økonomiske interesser var krenket hvilket ikke kunne være tilfelle her. Han viste til utgangspunktet om at kirken er statens religionsvesen. Støtte fant han også i Rt-1911-106. Formålet med fondet kunne ikke være å beskytte kirkens interesser som eiendomshaver (avsnitt 190-192).

I sitt votum kom dommer Endresen inn på hvilke interesser bestemmelsen skulle beskytte. Å ivareta hensynet til geistligheten måtte bety å tilgodese Den norske kirke (avsnitt 203). Et særlig spørsmål var om dette også gjaldt for opplysningens fremme. Dette ble avfeiet, blant annet under henvisning til Aschehoug og Fliflet.²²⁵ Endresen slo fast at det ikke var noe i veien for at ovfl. ble endret til å omfatte undervisningssektoren. Det kunne

²²⁴ Se lov angående det beneficerede Gods av 20. august 1821 § 52, som lød: ”Etter fradrag av forvaltningsomkostninger anvendes fondskapitalens avkastning under hensyn til grunnlovens § 106 etter Stortingets nærmere bestemmelse.” Den lovbestemte fordelingen av fondets avkastning med 1/3 til Universitetet i Oslo og 2/3 til ble opphevet fordi utgiftene til kirkelige formål og til universitetet helt ut ble bevilget over statsbudsjettet, jf. Ot.prp. nr. 51 (1962-1963).

²²⁵ Aschehoug 1892 s. 484 og Fliflet 2005 s. 451.

dermed ikke være slik at en lov var grunnlovsstridig med mindre inngrepet var «så omfattende at det med rimelighet må kunne sies også å krenke den andel av formuesmassen som kirkens grunnlovbeskyttede interesse i hvert fall må anses begrenset til» (avsnitt 209).

Hvilke slutninger kan man trekke av domspremissene? De forskjellige premissene knytter seg til spørsmålet om grunnlovmessigheten av en instruks om at boligeiere skal betale lavere festeavgift enn det som følger av tomtfesteloven. Selve instruksjonen gjaldt et formål som ikke uten videre kan leses ut av grunnlovbestemmelsen. Flertallet og mindretallene hadde forskjellige syn på hva slags bestemmelse § 106 er. Flertallet så den som en økonomisk rettighet. Det største av mindretallene delte denne oppfatning (avsnitt 168). Dommer Endresen mente imidlertid at bestemmelsen var mer å regne for en instruks til Stortinget å være. Likevel finner man verken i flertallets eller mindretallenes vota noe som tilsier at kirken etter Grunnloven har enerett til fondet. Etter Grunnloven kan både kirkelige formål og opplysningsformål tilgodeses.

5.3.3.2 Paragraf 116 som tolkningsmoment

Hvordan kan så Grunnloven § 116 få betydning som tolkningsmoment i festeavtaler? Det må legges til grunn at Høyesterett har forstått bestemmelsen som en økonomisk rettighet Stortinget ikke kan gripe inn i uten videre. Det må legges til grunn at skiftende samfunnsforhold og bevilgninger over statsbudsjettet ikke rokker ved det faktum at Grl. § 116 er gitt til vern om visse formål som er nevnt i bestemmelsen.

Når førstvoterende i Rt-2010-535 viser til at den uavklarte eiendomsretten tilsier at man er forsiktig med å tolke grunnlovbestemmelsen slik at bestemmelsens tradisjonelle grenser er falt bort, kan det trekke i retning av at bestemmelsen i enkelttilfeller tolkes etter sin ordlyd, det vil si at fondet også skal komme «opplysningsformål» til gode. Han viser til at bestemmelsen er bundet til bruk for bestemte formål, se for eksempel avsnitt 94.

Det kan virke noe inkonsistent at flertallet ikke aksepterer at festere tilgodeses i instruksjonen samtidig som det legges til grunn at Stortinget kan vedta at fondets verdier utelukkende skal komme Den norske kirke til gode, jf. ovfl. § 2. Førstvoterende uttalte at avkastningen er «bundet til bruk for bestemte formål» (avsnitt 94), hvilket må være en henvisning til de to formål som er angitt i det som nå er § 116. På den annen side var ikke dette et forhold Høyesterett skulle prøve, men det kunne tenkes å ha blitt problematisert. Flertallet aksepterer der-

med at det har skjedd en utvikling i synet på grunnlovbestemmelsen, men at denne ikke strekker seg utover det av Stortinget fastsatte formål i ovfl. § 2. Dersom man for eksempel på grunn av den uavklarte eiendomsrett skulle være forsiktig med å tolke ordlyden utvidende, jf. over, bør man kanskje på samme måte være forsiktig med å tolke den innskrenkende?

I en avtale som består av Ovf og en hvilken som helst privat part, er det likevel vanskelig å se at Grl. § 116 i seg selv skal kunne trekke i den ene eller den annen retning. Langt mer interessant blir bestemmelsen i et avtalekompleks der både fondet og Universitetet i Oslo er part, se avsnitt 5.4. Spørsmålet er der blant annet om Grunnloven § 116 får betydning som selvstendig tolkningsmoment i en tvist der Kirkens interesser, representert ved Ovf, står mot universitetets.

5.3.4 Utvalgte saker

Før jeg går nærmere inn på noen konkrete saker, vil jeg kort presentere reguleringsvilkåret som brukes hyppig i Ovfs festekontrakter:

«Avgiftsreguleringen skal skje slik at den nye avgift blir fastsatt i samsvar med det alminnelige prisnivå for grunnarealer på stedet på den tid reguleringen ble foretatt. Ved avgiftsreguleringen skal endringer i parsellens verdi som skyldes festerens egne foranstaltninger, ikke tas i betraktning».

5.3.4.1 Rt-2008-1628 (Våle prestegård)

Saken gjaldt en tvist mellom Opplysningsvesenets fond som bortfester og Re kommune som fester. Kontrakten ble inngått i 1954 med en festetid på 99 år. Festeavgiften ble satt til kr 825 per år. Dette tilsvarte kr 25 per dekar. Tomten skulle brukes til skole. Reguleringsbestemmelsen lød slik:

«Når 25, 50 og 75 år av festetiden er gått, kan det offentlige eller festeren innen to år - hvis forholdet ikke ordnes ved overenskomst som godkjennes av Kirkedepartementet - kreve holdt skjønn til bestemmelse om og - i tilfelle - til hvilket beløp den årlige festeavgift bør forhøyes eller nedsettes under hensyn til rentenivået og til endringer i parsellens verdi som ikke skyldes festerens egne foranstaltninger.»

Det kom til uenighet mellom partene om forståelsen av kontrakten.

Spørsmålet om regulering etter tomteverdi kontra regulering etter KPI kom ikke på spissen. Førstvoterende, dommer Indreberg, presiserte vurderingstemaet til å være hvilken betydning det skulle ha at tomten ble brukt til og var regulert til offentlig formål, skole. Løsningen berodde på en tolkning av kontrakten.

Førstvoterende viste til kontraktens ordlyd, som knyttet avgiften til «endringer i parsellens verdi som ikke skyldes festerens egne foranstaltninger» (avsnitt 29). I samme avsnitt viser hun til Innst. O. II 1923, der begrunnelsen for å feste tomter var at man antok at det ville gi god avkastning å feste bort tomtene. Førstvoterende mente dermed at det krevdes «særlige holdepunkter» for at man skulle se bort fra parsellens verdistigning dersom den ikke var regulert og brukt til skole (avsnitt 30). Dette er i tråd med den rettspraksis som er gjennomgått i avsnitt 4.2.2.1, se særlig Rt-1994-1311.

Førstvoterende peker imidlertid på at et slikt «særlig holdepunkt» kunne være at festeavgiften ble satt lavt, kr 25 per dekar, sammenlignet med en annen parsell som ble festet bort til boligformål til kr 40 per dekar. Når det likevel ikke ble vektlagt, skyldtes det at forskjellen i pris kunne forklares med tomtenes forskjellige størrelse. Dessuten var prisforskjellen mindre etter siste regulering.

Partene var uenige om hvilken plass ekspropriasjonsrettslige prinsipper skulle ha. Førstvoterende uttalte at disse ikke var avgjørende for tolkningen. Når reguleringsplanen var utarbeidet på bakgrunn av tomtens faktiske bruk, ville ikke bortfester nyte godt av den alminnelige prisstigning som hadde vært for tomter i samme område. Derfor kunne man se bort fra reguleringsplanen ved fastsettelsen av tomteverdien.

5.3.4.2 LB-2013-89422

Twisten stod mellom Ovf og Rakkestad kommune. Hovedspørsmålet i saken var om avgiften skulle reguleres etter pengeverdi eller tomteverdi. Tomtene var fremfestet til bolig. Tfl. kom ikke til anvendelse.

Kontrakten var i samsvar med fondets standard kontraktformular, jf. over, men den ellers gjeldende bestemmelsen om regulering etter tomteverdi var tatt ut. Den sa at regulering skulle skje slik at avgiften ble fastsatt i samsvar med alminnelig prisnivå på grunnarealer på stedet

på tiden for kontraktsreguleringen. Kontrakten inneholdt ellers bestemmelser om skjønn dersom partene var uenige om festeavgiften. Det var klart at festeavgiften kunne reguleres. Ved inngåelsen ble avgiften beregnet med utgangspunkt i en avkastning av tomteverdien.

Lagmannsretten tok utgangspunkt i at ordlyden ikke nevnte tomtere regulering. Selv om det var tale om et standardformular, sa ikke kontrakten noe om dette. Retten fant at kommunen hadde ført kontrakten i pennen og at departementet hadde godkjent kontrakten. Lagmannsretten så dette som forslag fra kommunens side og at risikoen for eventuelt å ha oversett endringen måtte ligge på fondet, som også var en profesjonell part. Retten kunne ikke innfortolke en bestemmelse om tomteverdiregulering når denne først var tatt ut, på tross av at andre bestemmelser om «skjønn» og om hvilke verdiendringer som ikke skal tas i betraktning fortsatt var med. Når kontrakten ikke nevnte tomteverdiregulering, mente lagmannsretten at KPI var det beste uttrykket for at kontrakten skulle reguleres i takt med prisstigningen. Som et reelt hensyn viste retten også til at eiendommene ble fremfestet til boligformål.

5.3.4.3 LE-2008-132530

Twisten stod mellom fondet og Nannestad kommune. Et av spørsmålene i saken var blant annet hvordan standardbestemmelsen om regulering etter tomteverdi skulle forstås. Den lød slik:

«Avgiftsreguleringen skal skje slik at den nye avgift blir fastsatt i samsvar med det alminnelige prisnivå for grunnarealer på stedet på den tid reguleringen ble foretatt. Ved avgiftsreguleringen skal endringer i parsellens verdi som skyldes festerens egne foranstaltninger, ikke tas i betraktning».

Kommunen hadde anført at henvisningen til det alminnelige prisnivå var uklar og kunne gjelde prisnivået for festeavgiftene på stedet. Under enhver omstendighet mente kommunen at det var tomtens verdi som landbruksareal som måtte legges til grunn fordi de omkringliggende tomter var landbruksarealer da kontrakten ble inngått. Ovf mente kontrakten viste til prisnivået for tomtene.

Lagmannsretten mente at det var prisnivået for råtomter som måtte ligge til grunn. Lagmannsretten går ikke inn i noen utdypende drøftelse av spørsmålet, men ser ut til å mene at resultatet følger direkte av ordlyden. Det er ingen grunn til å være uenig i en slik forståelse. «[D]et al-

minnelige prisnivå for grunnarealer» kan vanskelig forstås på noen annen måte. Hvis man mente at det var prisnivået for arealer slik de var da kontrakten ble inngått, burde det ha vært presisert da det er et nokså ytterliggående alternativ.²²⁶

5.3.4.4 RG-2009-375

Twisten stod mellom fondet og Toneheim Høgskolelag. Avtalen ble opprinnelig inngått med Vang kommune som part, men kommunen overdro etterhvert sine rettigheter til høgskolelaget. Også her fant lagmannsretten at ordlyden alene ble avgjørende for kontrakten. Festeavgiften kunne kreves regulert hvert 20. år «i samsvar med det alminnelige prisnivå for grunnarealer på stedet på den tid regulering blir foretatt». Kontrakten sa at skulle legges til grunn med fradrag for de verdiendringer som skyldtes festers foranstaltninger.

Det var knyttet problemer til dette utgangspunktet. Det var klart før kontrakten ble inngått at det skulle bygges folkehøgskole på tomten. Selv om alternativ påregnelig bruk var villabebbyggelse, mente høgskolelaget at tomtebelastningsprinsippet ikke var anvendelig fordi det var funnet kulturminner på tomten. Høgskolelaget mente dermed at man måtte falle tilbake på KPI-indeksen som reguleringsgrunnlag. Retten mente imidlertid at man kunne ta utgangspunkt i den opprinnelige verdien som ble fastsatt for tomten, som da var 2/3 av verdien som ble bestemt for boligfelt. Retten fant ingen motsetninger mellom dette og regulering i samsvar med prisnivået for grunnarealer på stedet.

Renten ble satt til 5 %

²²⁶ Kommunen hadde også anført at avtaleloven § 36 måtte medføre at reguleringen måtte baseres på KPI fordi kommunen hadde fremfestet tomtene til bolig med KPI-regulering. Kommunen ble ikke hørt. Problemstillingen var dermed nokså lik spørsmålet i LB-2013-89422. Der hadde kommunen fjernet den direkte henvisningen til KPI-regulering slik at terskelen for å anføre KPI-regulering som tolkningsresultat ble lavere. Fremfesteforholdet kunne da brukes som tolkningsmoment. Nannestad kommune hadde også denne muligheten, men da kommunens eventuelle ønske om KPI-regulering ikke hadde kommet til uttrykk i kontrakten, ville terskelen for en slik tolkning være ekstra høy.

5.3.4.5 LB-2006-50459

Twisten stod mellom fondet og Oslo kommune, og gjaldt et feste til skoletomt. Her kunne man slutte ut fra sammenhengen kontrakten var inngått i, makeskifte mv, at det var tomteverdi som skulle legges til grunn. Reguleringsbestemmelsen lød slik:

«Når 20, 40, 60 og 80 år av festetiden er gått, kan det offentlige eller festeren innen to år - hvis forholdet ikke ordnes ved overenskomst som godkjennes av Kirkedepartementet - kreve holdt skjønn til bestemmelse om - og i tilfelle til hvilket beløp - den årlige festeavgift bør forhøyes eller nedsettes under hensyn til rentenivået og til endringer i parsellens verdi som ikke skyldes festerens egne foranstaltninger.»

Spørsmålet var hva som nærmere skulle legges i uttrykket «parsellens verdi». Utrykket er ikke klart, og lagmannsretten måtte ta stilling til hva som lå i begrepet. Lagmannsretten fant ingen hjelp i kontrakten og gikk derfor inn på forhistorien til at avtalen ble inngått.

Partenes forutsetninger kunne ikke finnes i prisnemndas tidligere vedtak fordi dennes mandat var å sette høyeste *lovlige* omsetningsverdi. Partene kunne ikke ha noen anledning til å tenke seg at verdien skulle reflektere prisnivået for sentrumsnære tomter. Skole var allerede bygget da festeavtalen ble inngått. Nettopp derfor hadde fondet en oppfordring til å drøfte med kommunen annen verdifastsettelse enn beregning etter skoletomt dersom de ønsket dette.

Lagmannsretten mente derfor at man måtte falle tilbake på det deklarasjoniske prinsipp i tfl. § 15(3) fordi den best kunne gi en indikasjon på tomtens verdi i mangel av et fritt marked.

5.3.4.6 Avsluttende merknader

Flere av de nevnte sakene gjelder feste til skoletomt. Etter Grunnloven skal fondet også tilgodese opplysningsformål, slik at dette kunne tenkes anført som et tolkningsmoment som tilsa at fondet ikke skulle få den høyeste avkastning. Det kan videre være verdt å merke seg at domstolene holder seg til kontraktens ordlyd. Det er lite rom for utfylling, jf. for eksempel LE-2008-132530. Etter min mening er dette fornuftig, blant annet fordi kontrakten fordeler en risiko partene med viten har påtatt seg.

Jeg vil knytte noen ekstra merknader til avgjørelsen LB-2013-89422. Avgjørelsen legger tung vekt på at kontrakten ikke nevner tomteverdiregulering direkte. Det er imidlertid bare ett element som får avgjørende vekt, og det er at bestemmelsen om regulering etter tomteverdi er tatt ut. Resten av kontrakten tyder på at det er tomteverdi som skal legges til grunn. Man kan innvende mot lagmannsrettens avgjørelse at den legger så sterk vekt på at bestemmelsen om tomteverdi er tatt ut all den tid resten av kontrakten kan tyde på at det skal avholdes skjønn i tilfelle uenighet om avgiften, for eksempel at eiendommens verdiøkning som følge av festers egne foranstaltninger skal holdes utenfor. Dessuten er det klart at hele kontrakten skal leses i sammenheng, jf. Rt-2012-1267. I et slikt perspektiv kan lagmannsrettens tolkning fremstå som noe anstrengt.

På den annen side er det klart at tomteverdireguleringen var tatt ut av forslaget til kommunen, og at det i tilfelle hadde vært lett for fondet å få en slik bestemmelse inn i kontrakten. Det kan her vises til Rt-2000-806 (konsesjonskraftpris), der det uttales at det hadde vært enkelt å få inn en bestemmelse i samsvar med kravet som ble hevdet. I motsetning til i den saken er ikke ordlyden klar i vårt tilfelle. Man kan dermed argumentere for at dette er det klareste uttrykket for en felles partsvilje i dette kontraktsforholdet. Det er flere momenter som trekker i hver sin retning, men det kan ikke i et profesjonelt kontraktsforhold være direkte galt å legge vekt på at den ene parten to ganger sendte fra seg et utkast der ordlyden ikke sa noe direkte om tomteverdiregulering. Saken kan også ses slik at det her er tvist mellom standardvilkår og særskilte avtalte vilkår. Da skal de særskilte vilkår gå foran, jf. Rt-1997-1807.

Lagmannsretten kan imidlertid tenkes å ha vært noe usikker på sin egen argumentasjon, idet den trekker inn fremfesteforholdet som et reelt hensyn som taler for en KPI-regulering fordi kommunen hadde KPI-regulering i fremfestekontrakten. Ved å gjøre dette, går retten fra en kontraktstolkning til å gjøre bruk av en mer utfyllende metode. Det vil etter min mening være å gripe momentet feil an. Å trekke inn fremfesteforholdet kan tale mot de hensyn Høyesterett la vekt på i Rt-2013-504, der en fester som drev boligutleie som næring ikke fikk medhold i at festet var til boligformål. Nå gjorde ikke lagmannsretten dette direkte, men i stedet for å trekke inn fremfesteforholdets KPI-regulering som et reelt hensyn, kunne retten ha vist til dette som et moment konkret tolkningsmoment tilknyttet selve kontraktsfundamentet – et partsnært moment. For meg fremstår dette som en riktigere fremgangsmåte, all den tid Ovf også var klar over at KPI skulle ligge til grunn for reguleringen i fremfesteforholdet.

Man kan få inntrykk av at lagmannsretten tar utgangspunkt i en ordlydstolkning. Det kan spørres om det er tilfelle, da kontraktens ordlyd egentlig gir uttrykk for at det er en tomteverdiregulering som skal ligge til grunn, da den eneste henvisningen i kontrakten til en reguleringsnorm er at verdiøkning som følge av egne foranstaltninger skal legges til grunn.²²⁷ Mot dette kan det hevdes at avgjørelsen tar utgangspunkt i partenes forutgående forhandlinger for så å gå over til hvordan disse kom til uttrykk i kontrakten. Når to profesjonelle parter forhandler om et standardformular, kan dette likevel ikke sies å være i strid med den strenge ordlydstolkningen standardkontrakter som vanligvis legges til grunn, jf. avsnitt 4.2.2.5.

5.4 Twisten mellom Ovf og UiO

5.4.1 Innledende

Den 11.11.2013 fremmet Oslo tingrett skjønn til avgjørelse av tvist mellom Opplysningsvesenets fond og Universitetet i Oslo om fastsettelse av festeavgift. Saken skulle vært til behandling i lagmannsretten november 2014, men er utsatt inntil videre. Det antas at den skal til behandling i begynnelsen av 2014. Saken har dermed ikke fått sin endelige løsning i rettssystemet.

Saken er spesiell på flere måter. Avtaleforholdet er et resultat av at Universitetet i Oslo trengte større arealer. I St.prp. nr. 205 (1919) foreslo regjeringen å legge Universitetet til Blindern. I tillegg til kjøp av eiendom, måtte staten feste av sognepresten i Vestre Aker, nå Ovf. Festeavgiften skulle nå reguleres for første gang uten prisregulering.

²²⁷ Det kan nevnes at Borgarting lagmannsrett i LB-2005-1778, uten videre la til grunn at avgiften skulle fastsettes etter tomteverdi. Reguleringsbestemmelsen lød slik: «Når 25, 50 og 75 år av festetiden har gått, kan det offentlige eller festeren innen to år, hvis forholdet ikke ordnes ved overenskomst som godkjennes av Kirkedepartementet, kreve holdt skjønn til bestemmelse om og - i tilfelle - til hvilket beløp den årlige festeavgift bør forhøyes eller nedsettes. Festerens egne foranstaltninger - f.eks. oppdyrking eller andre forbedringer av parsellen - skal ikke regnes med i grunnlaget for forhøyelse, men bare forhold av annen art slik som verdauk på grunn av bedre kommunikasjoner eller andre samfunnsforanstaltninger etc.» Det er ingen direkte henvisning til tomteverdi, men det ble lagt til grunn av partene og av lagmannsretten at tomteverdi skulle benyttes.

5.4.2 Gjennomgang av tingrettens avgjørelse

5.4.2.1 Bakgrunn

I 1920 bortfestet sognepresten i Vestre Aker en parsell på omtrent 34 mål til «UNIVERSITETET» på Vestre Aker prestegårds grunn. Det var tatt forbehold om Kirke- og undervisningsdepartementets approbasjon. Departementet godkjente avtalen før festeområdet ble avtalt utvidet med 13 mål. Utvidelsen ble også godkjent av departementet.

Festet er uoppsigelig. Den samlede festeavgiften ble avtalt til å være kr 9400, det vil si 200 kr per mål. Etter 30 år kunne sognepresten og det offentlige forlange skjønn til fastsettelse av festeavgiften. Kontrakten bruker formuleringen «til hvilket beløp den årlige festeavgift bør forhøies».

Senere har avgiften økt til kr 110 000 i 1962, til kr 371 250 i 1982 med virkning fra 1.1.1983. Disse ble fastsatt etter prisreguleringsbestemmelser. Opprinnelig tilfalt festeavgifter sognepresten, men etter hvert ble denne delt mellom sognepresten og departementet.. Opplysningsvesenets fond har senere overtatt rettighetene og pliktene etter slike kontrakter.

5.4.2.2 Partenes anførsler

I 2010 fremmet Ovf krav om regulering av festeavgiften. Ovf foreslo ny avgift på 16 640 925. Tallet bygger på at arealet er på 45 906 kvm, at kvadratmeterprisen settes til kr 5000 og at avkastningen settes til 7,25 %. Universitetet i Oslo (UiO) ønsket avgiften fastsatt ved skjønn.

Ovf anførte at tomteverdien måtte bestemme grunnlaget for festeavgiften og ikke konsumprisindeksen (KPI). Både avtalens ordlyd og hensynet til balansen mellom partene tilsa denne løsningen, anførte Ovf.

5.4.2.3 Rettens vurderinger

Retten tok utgangspunkt i tfl § 15(3).

Retten slo fast utgangspunktet om at tvillaust-kravet i bestemmelsen kun gjelder avtale om at festeavgiften skal stå uendret. Kravet gjelder ikke avtale om at festeavgiften skal reguleres på annen måte enn i samsvar med pengeverdien, jf. Rt-2012-1393.

Sakens springende punkt var hvordan bestemmelsen om at det kunne forlanges «skjønn til bestemmelse om hvorvidt (...) den årlige festeavgift bør forhøies» skulle tolkes.

Innledningsvis pekte retten på at kontrakten måtte tolkes objektivt. Retten uttalte også, om noe indirekte, at den felles partsoppfatning måtte legges til grunn.

Retten pekte først på at begrepet konsumprisindeks først ble etablert i 1959. På tross av at man hadde såkalte levekostnadsindekser og andre indekser, la retten til grunn at det var uvanlig å benytte slike indekser ved regulering av festeavgift.

Ovfs partsrepresentant Olav Andreas Røssaak forklarte at en henvisning som den i kontrakten som regel ble ansett som en henvisning til at festeavgiften skulle fastsettes på grunnlag av grunnarealets verdi. Det ble også vist til litteratur.²²⁸ Retten viste også til Rt-2008-306, der Høyesterett slo fast at tomteverdi var i praksis enerådende dersom det skulle skje en regulering. Det ble dermed lagt til grunn at det var vanlig å benytte grunnarealets verdi som grunnlag for regulering på 1920-tallet.

Et viktig moment var at festeavgiften ble fastsatt som et resultat av prisen for grunnarealet pluss en avkastingsrente på 5 %. Retten fant der for «påfallende» at kontrakten ikke dermed sa noe om pengeverdien dersom avgiften skulle reguleres etter denne. Regjeringsdokumenter kunne ikke ha betydning for tolkningen av avtalen. Nærmere bestemt var dette Rundskriv av 1924. Her antok departementet at grunnlaget for å forhøye festeavgiften etter hvert ville falle bort. Forholdet til Grunnloven ble ikke berørt.

Tidligere reguleringer ble avgjort på grunnlag av prisreguleringsbestemmelser. Retten mente at dette talte for at tomteverdien måtte være bestemmende for reguleringen av avgiften fordi en avgift beregnet etter tomteverdi ville ha gitt en vesentlig lavere avgift enn den prismyndighetene tidligere hadde fastsatt.

Etter dette drøftet retten hvordan grunnverdien skulle bestemmes.

²²⁸ Scheel 1912 s. 542: «(...) eller efter Forløbet af en vis tid skal kunne reguleres ved Skjøn, således at altsaa en Værdistigning af Grunden væsentlig kommer den afgiftsberettigede til gode, (...)»

Ovf mente at verdsettelsen måtte skje i samsvar med prinsippene for ekspropriasjonserstatning. UiO anførte at erstatning måtte fastsettes ut fra aktuell regulering og bruk, det vil si universitet og barnehage. Retten viste til Rt-2008-1628 hvor det igjen ble vist til RG-2002-1475. Her ble det lagt til grunn at man må vurdere den påregnelige utnyttelse uten reguleringsplan. Derfor gikk retten ut fra at arealet ikke skal verdsettes på grunnlag av reguleringsplanen.

Ovf mente at påregnelig bruk var tettbebyggelse. UiOs subsidiære anførsel var villabebyggelse. Retten viste til at den opprinnelige festeavgiften bygget på 4 kr per kvm og at dette var taksten basert på utnyttelse til villabebyggelse. Dette var grunnlaget for den skjønnsmessige vurderingen. Retten la til grunn at riktig utgangspunkt måtte være kr 5500 per kvm. Fra dette gjorde man fradrag for kostnader til infrastruktur. Videre baserte retten seg på at eneboligers areal var større på 1920-tallet enn de er i dag. Det førte også til fradrag. Endelig skulle kvadratmeterprisen bli kr 4500 per kvm. Tomteverdien ble da satt til 165 600 000.

Festerenten ble satt til 4,5 %. Det var av betydning at reguleringen skulle skje med 30 års intervaller.

5.4.2.4 Kritikk av dommen

Ordlyden i avtalen er ikke klar. Kontrakten bestemmer at festeavgiften skal fastsettes etter skjønn. En objektiv tolkning løser ikke spørsmålet om hvilken verdi en regulering skal gjøres etter. Retten tar likevel et korrekt utgangspunkt når den forsøker å finne en felles partsoppfatning. Kontrakten må derfor utfylles.

Reguleringen av festeavgiften har ikke fulgt et fast mønster etter at avtalen ble inngått. Dessuten er det prisreguleringsbestemmelser som har ligget til grunn for reguleringen. Det kan dermed bli naturlig å danne seg et bilde av hva partenes forutsetninger var da avtalen ble inngått og hvilke faktiske og rettslige omstendigheter som lå til grunn for avtalen og hva som var avtalens formål.

Både UiO og Ovf lå under Kirkedepartementet da avtalen ble inngått. Det kan ikke være utenkelig at departementet har ønsket en avtale som var gunstig og rimelig for begge parter.

Departementet antok i rundskriv av 1924 at adgangen til eventuell forhøyelse av avgiften for bestandig (uoppsigelig) avtale antagelig litt etter litt ville bortfalle.

Med tanke på at departementet skulle godkjenne kontrakten og den nærhet som var mellom fondet og departementet, der departementet stod for en del av forvaltningen av fondets eiendommer, kan det sies at departementets syn er en partsforutsetning.

Grunnloven § 116 tilgodeser både geistligheten (Ovf) og opplysningsformål (Universitetet). Jeg vil her kommentere termen «opplysningens fremme». Det er klart at UiO driver opplysningsvirksomhet.²²⁹ Bestemmelsens ordlyd tilsier at kirken ikke har noen eksklusiv rett til godset. Godset må også kunne brukes til fremme av verdslige «opplysningsformål».²³⁰ Å benytte godset til verdslige formål i sin alminnelighet er imidlertid noe annet. Paragraf 116 setter en stopper for dette, se for eksempel Rt-1911-106, særlig på side 108.

Frem til 1963 ble Universitetet i Oslo tilgodesett med 1/3 av avkastningen av fondet. På tross av at fondet i dag har en målsetning om rimelig avkastning av fondets verdier, og dette er en forutsetning ved avtaleinngåelse, er det like klart at forutsetningene for avtaleinngåelsen i 1920 mellom fondet og Universitetet var at Universitetet også ble tilgodesett med 1/3 av avkastningen. Dette er en relevant forutsetning for avtaleinngåelsen som retten bør legge til grunn.

En forutsetning må ikke være klart uttalt for at den skal kunne brukes som tolkningsmoment i en kontrakt, jf. Rt-1915-833 og Rt-1993-140. At fondets avkastning ble delt mellom Kirken og Universitetet da avtalen ble inngått i 1920 var ikke uttalt i avtalen, men stod likevel klart for partene. Med andre ord stod ikke fondet og universitetet i noe egentlig motsetningsforhold

²²⁹ Da riksforsamlingen trådte sammen forelå det flere private grunnlovsutkast. Konstitusjonskomiteens forslag gikk i samme retning som to av disse. Det benefiserte gods skulle benyttes til geistlighetens beste og skolenes fremme, ifølge komiteens utkast til Grl. § 31. Forslaget til § 31(2) ble tatt ut og satt inn i det vi i dag kjenner som Grl. § 106. Dessuten ble ordlyden forandret fra «[s]kolerne» til «[o]plysningen». I Rt-2010-535 gjaldt saken gyldigheten av en instruks om innløsning og regulering av festetomt, gitt i kongelig resolusjon 14. september 2007. Førstvoterende og målsmann for flertallet, dommer Støle, konkluderer med at bestemmelsens opprinnelige formål var å sikre de interesser som eksplisitt er nevnt der, se avsnitt 75.

²³⁰ Aschehoug 1892 s. 483-484.

til hverandre da avtalen ble inngått. Dette kan tilsi at partene ikke hadde en avtale om at den for fondet mest gunstige reguleringsmetoden skulle brukes.

På den annen side kan det ikke avvises at regulering etter tomteverdi også var en forutsetning ved avtaleinngåelsen. Tomteverdien var det vanlige reguleringsgrunnlaget da kontrakten ble inngått. Å innfortolke en forutsetning om pengeverdi i en kontrakt fra en tid der inflasjon og konsumprisindeks var ukjente fenomener, virker kunstig. I vår sak kan man dermed si at spørsmålet er om kontrakten skal utfylles *konkret* med noe som kan ligne en formålsbasert partsforutsetning eller en mer *regelbestemt* utfylling der den alminnelige reguleringsmetoden med grunnlag i tomteverdien legges til grunn. Etter min mening vil det være riktig å legge den konkrete utfyllingsmetoden til grunn.

Man kan spørre om vi står overfor et tilfelle der to forutsetninger ligger til grunn, men at disse ikke lenger trekker i samme retning. Resultatet er dermed ikke entydig, og det ene tolkningsresultat kan virke like tilfeldig som det andre.

Derfor kan man spørre om tolkningsspørsmålet bør løses på grunnlag av minimumsregelen. Regelen har vært formulert på forskjellig vis.²³¹ Huser skriver at minimumsregelen er en preferanse for den minst byrdefulle forpliktelse. Dette kan tale for at pengeverdien bør legges til grunn for reguleringen, men med tanke på den harde medfart regelen har fått i teorien er det tvilsomt om dette er riktig fremgangsmåte. Dessuten vil en slik løsning kunne underspille det faktum at en festeavtale er en fordeling av risiko. Det kan hevdes at universitetet burde ha gardert seg mot en stor økning i festeavgiften, og at de selv må bære denne risikoen.

En siste mulighet er eventuelt å legge tomteverdien til grunn, men trekke fra 1/3 av denne. Da tar man hensyn til at en festeavtale er en risikofordeling og forutsetningen om at tomteverdi skulle ligge til grunn ved senere reguleringer. Samtidig tar man hensyn til at avtalen ble inngått under spesielle omstendigheter ved at den prosentandelen universitetet ble tilgodesett med ved fordelingen av fondets avkastning kommer til fradrag i beløpet som skal ligge til grunn ved fordelingen.

²³¹ Se særlig gjengivelsene i Huser 1983 s. 568-569.

5.4.2.4.1 En alternativ tilnærming med utgangspunkt i adgangen til å binde offentlig bevilgningsmyndighet

En bredere tilnærming kan søkes i den adgang forvaltningen har til å binde offentlig myndighet i kontrakter. Som tidligere vist krever binding av forvaltningsmyndighet et rimelig klart grunnlag i avtalen, jf. Rt-2007-651 og Rt-2012-1003. Selv om man skulle mene at det ikke umiddelbart kan settes likhetstegn mellom forvaltningsmyndighet og bevilgningsmyndighet, kan et «klarhetskrav» ha gode grunner for seg, også når det gjelder budsjettmyndigheten. Statlige og kommunale organer har en rekke oppgaver de er forpliktet til å gjennomføre, for eksempel ved lov. Til dette trengs det midler. Dermed bør bindingen komme til uttrykk i avtalen, slik at både myndigheter og motpart kan være sikker på at myndighetene har ønsket å prioritere det som følger av avtalen. Dette skal sikre at en fremtidsbinding er tilstrekkelig grundig overveiet, jf. Rt-2007651. Økte offentlige utgifter eller andre plikter må ha et sikkert grunnlag.

I vår sak er det klart at en regulering etter tomteverdi er en binding av offentlig myndighet. Festeavgiften må dekkes gjennom universitetets budsjett hvis midler fastsettes i statsbudsjettet. En ny festeavgift regulert etter tomteverdien vil ligge langt over det som tidligere har vært festeavgift. Fordi det her vil være en såpass stor avstand mellom den tidligere avgiften og den som potensielt kan følge av en tomteverdiregulering, taler ovennevnte grunner for at bindingen har et klart grunnlag. I vårt tilfelle må det også kunne kreves et slikt klart grunnlag fordi det er snakk om en evigvarende forpliktelse for noe som skal tjene allmennyttige formål.

Et slikt grunnlag kommer ikke til uttrykk i selve avtalen, men kan finnes i øvrige dokumenter fra behandlingen som ligger på myndighetenes hånd, jf. fremgangsmåten i Rt-2012-1003. I proposisjonen fra 1919 uttrykker ikke departementet noe spesielt om festeavgiften.²³² Derimot gjør man det i rundskrivet av 1924. Det kan dermed ikke sies å være et klart grunnlag for at festeavgiften i denne evigvarende kontrakt skulle reguleres i takt med tomteverdien.

²³² Se St.prp. nr. 205 (1919).

5.5 Hva gjør domstolene når de bestemmer reguleringsmetode? Tolkning eller utfylling av reguleringsbestemmelser?

5.5.1 Rettspraksis holdt opp mot tolkningsreglene

- a) Trekker domstolene slutninger om reguleringsgrunnlaget ut fra kontraktens ordlyd lest i sammenheng?
- b) Tolker domstolene Ovfs festekontrakter på linje med andre standardiserte kontrakter?
- c) Hvordan bruker domstolene etterfølgende forhold for å fastlegge partenes forpliktelser?
- d) Når man først har bestemt tomteverdi, er den videre prosessen utfylling med bakgrunnsrett?

Til spørsmål a) Rettspraksis viser at dersom ordlyden er uklar, vil domstolene lettere trekke inn momenter fra kontraktsslutningen og andre momenter i tvister om grunnlaget for reguleringen av festeavgift. I saken mellom Rakkestad kommune og Ovf, LB-2013-89422, la lagmannsretten avgjørende vekt på at selve bestemmelsen om tomteverdi var tatt ut på tross av at resten av kontrakten tydet på en tomteverdiregulering. Det kan tyde på at «sammenhengsargumentet», jf. Rt-2012-1267, fikk mindre vekt. Uklarheten lå i at den vedtatte kontrakt avvek fra fondets standardkontrakter. Skulle man trukket noen «sammenheng» ut av festekontrakten, kunne det være mest nærliggende å legge tomteverdi til grunn for reguleringen. I denne saken fikk imidlertid partenes forutsetninger avgjørende vekt. I hvert fall tolket retten det faktum at tomteverdi bestemmelsen var tatt ut som en forutsetning for kommunen som Ovf sa seg enig i ved å akseptere utkastet de fikk tilsendt fra kommunen. Teoretisk kunne retten ha trukket inn forfatterregelen fordi kontrakten etter kommunens utkast var uklar, men den gjorde rett i å la det være da forfatterregelen er en subsidiær regel.

Generelt trekker ikke domstolene inn forutsetninger i avtaletolkningen i festesaker hvis ordlyden er klar. Som profesjonell part har man dessuten grunn til å kommunisere dette klart i ordlyden.

Et særskilt tolkningsspørsmål oppstår der partene har vist til tomtefesteloven og denne blir erstattet av en ny lov som endrer rettstilstanden. Høyesterett har tolket en lovhenvisning dithen at partene viser til den rettstilstanden loven uttrykker, men ikke at man skal følge denne til enhver tid basert, jf. Rt-2012-1393. Man kan si at Høyesteretts syn

her er basert på hensyn som sier at man ikke skal tolke et utsagn lenger enn det er sikkert grunnlag for. I tolkningen spilte Høyesterett også på forutsetningsmomenter, da førstvoterende uttalte at det hadde formodningen mot seg at partene ville la lovgiver avgjøre reguleringsgrunnlaget. Man er her i grenselandet for negativ utfylling og innskrenkende tolkning. Hvis man skal legge Haaskjolds premisser til grunn, kan man si at dommen er et eksempel på negativ utfylling, se avsnitt 4.2.2.3. Man kan imidlertid også si at Høyesterett her utfyller kontrakten konkret, da det i en langvarig kontrakt ville være unaturlig å overlate et sentralt spørsmål til Stortinget å besvare. Kontraktens egenart taler dermed for den løsning Høyesterett landet på.

Til spørsmål b) I den grad det opereres med standardiserte kontrakter i festeforhold, kan det ikke sies at tolkningen her fraviker den som oppstilles som et utgangspunkt for tolkningen av standardkontrakter, se avsnitt 4.2.2.5. Det kan særlig sies å være Opplysningsvesenets fond som opererer med noe som kan nærme seg en standardkontrakt. I spørsmålet om valg mellom regulering etter tomteverdi eller KPI, legges ordlyden som regel til grunn uten nærmere diskusjon. Når det blir spørsmål om hvordan beregningen av tomteverdien skal foregå, kan det imidlertid ofte konstateres uenighet. Om dette er en form for tolkning eller utfylling, vil jeg se nærmere på under.

Til spørsmål c) Der etterfølgende forhold benyttes som momenter for å fastslå hvilket grunnlag som skal benyttes for reguleringen, er det som et tolkningsmoment i et *resonnement* der de etterfølgende forhold bekrefter den enighet partene hadde på kontraktsinngåelsestidspunktet, jf. LB-2012-65885. Det kan her skytes inn at den etterfølgende opptreden i festeforhold som regel vil manifestere seg i den avgift man innbetaler. Der avgiften har vært betalt under et prisreguleringsregime, er det likevel grunn til å være forsiktig med å vektlegge dette som et uttrykk for enighet.

Til spørsmål d) Hovedsakelig kan man si at domstolene holder seg strengt til den klare ordlyden når de avgjør hvilket grunnlag som skal ligge til grunn for reguleringen. Der det er klart at tomteverdien skal legges til grunn, må imidlertid grunnlaget for *denne* bestemmes. Som regel er det ikke definert i avtalen hva tomteverdien skal være. Hvordan går domstolene frem når innholdet av en bestemmelse om tomteverdi skal bestemmes?

Dersom det er avtalt at tomteverdi skal anvendes, tar domstolene ofte utgangspunkt i tomtens tilstand slik den var da den ble festet bort for så å vurdere hva de nærmere endringene i verdi innebærer, se for eksempel LF-2014-53320, LE-2008-132530 og LB- 2006-50459. Når tomteverdien skal fastsettes, går domstolene inn på sakens faktiske omstendigheter og bestemmer faktorer som skal inngå i vurderingen og hvilke som ikke skal. Også partenes forutsetninger trekkes inn, se for eksempel Rt-2008-1628 (Våle prestegård). Det ble der vist til at man så det som gunstig for Opplysningsvesenets fond å feste bort tomter og at man neppe hadde gått med på en avtale som ville gi dem mindre enn de ville fått ved ekspropriasjon.

Når partene har avtalt tomteverdi og domstolene bestemmer hva denne er, gir man avtalens bestemmelser et faktisk innhold. Dette kan kalles en form for utfylling, da partene på reguleringstidspunktet ofte har et forskjellig syn på hva tomteverdi innebærer, se for eksempel LE-2008-132530 og RG-2009-375. Praxis tyder på at det riktige er å kalle utfyllingen en konkret form for utfylling, da man tar utgangspunkt i de forhold som gjaldt på kontraktsinngåelsestidspunktet. Det kan vanskelig sies at domstolene tar utgangspunkt i partenes felles forutsetninger ved avtaleinngåelsen fordi det er snakk om langvarige avtaler. Dermed kan man si at domstolene legger en objektiv standard til grunn.

5.5.2 Hvordan speiles avtaletolkningens reelle hensyn seg i rettspraksis?

Innledningsvis i kapittel 4 gjorde jeg rede for noen av de hensyn som avtaletolkningen bygger på.

Hvordan gjenspeiles disse i den rettspraksis som er gjennomgått her? Generelt kan det sies at det kreves klarere dokumentasjon for de mest ytterliggående tolkningsalternativer da ordlyden blir foretrukket som avgjørende tolkningsmoment. Dette er et utslag av hensynet til partenes autonomi.

I festeforhold er hensynet til en økonomisk, effektiv avvikling av festeforholdet vel så viktig som i andre kontrakter. Man kan muligens si at det er ekstra viktig i reguleringssaker å velge en løsning som er enkel og klar. At man ikke tolker utsagn lenger enn det er sikkert grunnlag for er av det gode i slike tvister. Partene har avtalt at avgiften skal reguleres i intervaller. Det ville bli kostbart for partene og lite effektivt dersom man ved hver regulering måtte legge til grunn et tolkningsalternativ som var retts teknisk kompliserte, se for eksempel

LF-2014-53320, der lagmannsretten ikke la til grunn at reglene om avgiftsregulering fra 1982 skulle benyttes.

6 Kampen om grunnrenten. Hvem vinner?

I kampen om grunnrenten i form av festeavgift er det mange parter, og det kan ikke utropes én seierherre. Det er likevel ikke til å komme fra at grunneier stort sett får avgiften regulert etter tomteverdi. En av årsakene er blant annet at det i flere saker er avtalt at avgiften skal settes til den høyeste lovlige avgift. Så lenge det er avtalefrihet for denne type kontrakter, bør svaret bli enkelt med mindre partene klart har lagt et annet alternativ til grunn.

Selv om det skulle være klart at tomteverdien skal ligge til grunn for reguleringen, er man som bortfester ikke garantert at man har vunnet kampen om grunnrenten. Selv om grunnrenten i teorien skal bli høyere jo større knapphet det er på ressursen, er det ikke gitt at man får en høyere avgift selv om tomten ligger i et attraktivt område.²³³ Et eksempel er LB-2006-50459 om Marienlyst skole. Med unntak av skolen, friområdet og NRK er området er i dag bebygget med blokker. Retten viste til at tomten var bebygget med skole ved avtaleslutningen. Ovf måtte selv gjøre det klart overfor kommunen at man ønsket en annen verdi enn tomtens verdi som skoletomt dersom retten skulle legge det til grunn. Avgjørelsen viser at avkastningen av en knapp ressurs kan komme en bredere interessegruppe til gode, i dette tilfellet kommunen, dersom ikke grunneier på forhånd tar eksplisitte forholdsregler, for eksempel å kontraktsfeste hvilken tomteverdi som skal ligge til grunn for beregningen.

Man kan imidlertid si at det er en naturlig forutsetning for grunneier at han skal ha høyest mulig avkastning, men like fullt er det i festers interesse å vedta lavest mulig avgift. Og det er ingen grunn til at man skal legge grunneiers forutsetninger til grunn uten nærmere holdepunkter.

Når det først er regulert etter tomteverdi, er det likevel et spørsmål om festerenten gir riktig avkastning. Som tidligere nevnt skal bortfester ha en rimelig avkastning som speiler den risikoen investeringen gir. Risikoen kan ikke sies å være særskilt høy blant annet fordi bortfesteren har pant i byggverk for skyldig festeavgift, jf. tfl. § 14. Høyesterett har nå kommet til at kapitaliseringsrenten, i form av realrente, skal ligge på 4 %, jf. Rt-2014-1203.

²³³ Se for eksempel Eide 2008 s. 163.

For Høyesterett var det oppnevnt tre sakkyndige, som ga estimer på en avkastning som lå mellom 2 og 3 prosent. Estimatenes var basert på moderat risiko. Høyesteretts rente på 4 % har møtt kritikk i pressen, se for eksempel førsteamanuensis Espen Sirnes.²³⁴ Han peker på at førstvoterende uttalte at usikkerheten rundt estimatene tilsa at Høyesterett skulle være forsiktige med å gjøre for store endringer av dagens rettstilstand.²³⁵ Man kan si at saken først og fremst er et spørsmål om fordeling av penger. Domstolene skal avgjøre hvem som skal ta risikoen for at avkastningen blir god nok til å gi «full erstatning» eller «rimelig god avkastning». I et forsikringstilfelle, som Høyesterett vurderte, vil en høyere kapitaliseringsrente medføre mindre risiko for selskapene og større risiko for forsikringstagerne. Det er ikke gitt at dette er en rimelig løsning, all den tid ekspertisen estimerer for avkastning var vesentlig lavere enn 4 %.

De menneskelige hensyn gjør seg ikke gjeldende på samme måte i festesaker som i skadeserstatningssaker. Det kan derfor argumenteres for at fester i større grad bør ta risikoen som knytter seg til fremtidig avkastning. Dersom realrenten skulle være lavere enn 4 %, kan man også si at 4 % er rimelig i festesaker er en riktig rente der avgiften reguleres etter tomteverdi med reguleringsintervall for å kompensere for tapet som oppstår når man ikke får regulert tomteverdien hvert år. Etter min mening er imidlertid disse problemstillingene gode argumenter for at kapitaliseringsrenten fastsettes ved forskrift. Om nødvendig kan det fastsettes forskjellige renter for forskjellige rettsområder.

²³⁴ Sirnes (2015).

²³⁵ Se Rt-2014-1203 avsnitt 100. «Rettstilstand» er kanskje en uheldig formulering fordi begrepet kan gi inntrykk av at man skal endre en regel, mens det i bunn og grunn er snakk om en praksis knyttet til fordeling av penger. Som tidligere nevnt er spørsmålet om kapitaliseringsrenten såpass komplisert og bredt at ikke domstolene bør avgjøre renten.

7 Register

Lover

Arveloven (al.)

Avtaleloven (avtl.)

Dokumentavgiftsloven

Forvaltningsloven (fvl.)

Grunnloven (Grl.)

Husleieloven (husll.)

Løysingsrettslova (løysl.)

Midlertidig lov om forlengelse av
feste til bolighus og fritidshus 14.
desember 2012 nr. 89

Ovf-loven (ovfl.)

Oreigningslova (orvl.)

Panteloven (pantel.)

Pristiltaksloven

Skadeserstatningsloven (skl.)

Skatteloven (sktl.)

Tomtefesteloven 1996 (tfl.)

Opphevede lover

Lov angående det beneficerede Gods
av 20. august 1821

Tomtefesteloven 1975

Fullstendig henvisning

Lov 3. mars 1972 nr. 5 om arv m.m.

Lov 31. mai 1918 om avslutning av avtaler,
om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer

Lov 12. desember 1975 nr. 59 om dokumentavgift

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten
i forvaltningssaker.

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814

Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler

Lov 9. desember 1994 nr. 64 om løysingsrettar

Lov 7. juni 1996 nr. 33 om Opplysningsvesenets fond

Lov 6. april 1984 nr. 17 om vederlag ved oreigning av
fast eigedom

Lov 8. februar 1980 om pant

Lov 11. juni 1993 nr. 66 om pristiltak

Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning

Lov 26. mars 1999 nr. 14 om skatt av formue
og inntekt

Lov 20. desember 1996 nr. 106 om tomtefeste

Lov 30. mai 1975 nr. 20 om tomtefeste

Forskrifter

Forskrift om pengepolitikken 29. mars 2001 nr. 278 Forskriften er satt i medhold av lov 24. mai 1985 nr. 28 om Norges Bank og pengevesenet mv. (sentralbankloven)

Internasjonale konvensjoner

UNIDROIT Principles 2010

Kongelige resolusjoner

Kongelig resolusjon 14. september 2007 Instruks om innløsning av festeavgift i festeforhold der staten eller statleg styrde verksemder eig tomte

Forarbeider

Navn

Ot.prp. nr. 51 (1962-1963)	Om lov om endringer i de kirkelige særfond
Ot.prp. nr. 2 (1974-1975)	Om lov om tomtefeste
Ot.prp. nr. 50 (1982-1983)	Om lov om erstatning ved ekspropriasjon av fast eiendom
Ot.prp. nr. 68 (1994-1995)	Om lov om Opplysningsvesenets fond
Ot.prp. nr. 28 (1995-1996)	Om lov om tomtefeste
Ot.prp. nr. 82 (1997-1998)	Om lov om husleieavtaler
Framlegg til lov om prestegarder og presteboliger	Framlegg til lov om prestegarder og presteboliger: Fra Prestegardsutvalet av 1947
NUT 1971:3 Rådsegn 9	Rådsegn 9 fra Sivillovbokutvalet
NOU 1993:4	Lov om husleieavtaler
NOU 1993:29	Rådsegn 15 – ny lov om tomtefeste
NOU 2013:11	Fstekontrakter og folkerett (Lilleholt-utvalget)
St.prp. nr. 1 (2007-2008)	St.prp. nr. 1 (2007-2008) fra Kultur- og kirke departementet
St.meld. nr. 14 (2000-2001)	Børs og katedral. Om økonomien i Den norske kyrkja
St.meld. nr. 41 (2004-2005)	Om økonomien i Den norske kirke
Justisdepartementets høringsnotat 5. juni 2003	
Stortingsforhandlinger 1830 b. 4	

Protokollkomiteens innstilling i 1848

Innst. O. II 1923

Innstilling fra Stortingets kirke- og skolekomité

Innst.O.nr.85 (1995-1996)

Lov om tomtefeste

Rundskriv 1924

Lovavdelingens brev 23. november 2000

Lovavdelingens brev 23. november 2000 til Miljøverndepartementet og Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet

Høyesterettspraksis

Populærnavn

Rt-1915-833

Rt-1968-168

Rt-1975-882

Rt-1979-1099

Rt-1981-933

Rt-1986-178

Noem

Rt-1987-1022

Min Stil A/S

Rt-1988-276

Røstad

Rt-1988-295

Skjelsvik

Rt-1991-220

Sollia borettslag/fjernvarme

Rt-1993-140

Rt-1993-564

Rt-1994-1311

Rt-1994-1617

Stabil

Rt-1995-674

Rt-1996-521

Rt-1997-160

Rt-1997-1807

Rt-1998-1584

Rt-1999-922

Salhus flytebro

Rt-2000-806

Konsesjonskraftpris

Rt-2001-149

Rt-2002-1155

Rt-2003-1132

Norrønaflly

Rt-2004-181	
Rt-2005-1202	Falkum
Rt-2007-651	
Rt-2008-306	
Rt-2008-1628	Våle prestegård
Rt-2009-1356	
Rt-2010-535	Opplysningsvesenets fond
Rt-2010-961	
Rt-2010-1345	Veisalt
Rt-2011-670	Nye Major
Rt-2011-679	Kruses gate
Rt-2011-1359	
Rt-2012-808	
Rt-2012-1003	
Rt-2012-1267	
Rt-2012-1393	
Rt-2012-1444	
Rt-2012-1729	
Rt-2013-504	
Rt-2014-551	
Rt-2014-560	
Rt-2014-1203	

**Underrettspraksis (avgjørelser
inntatt i Rettens Gang nevnt først)**

RG-2002-1475	Hålogaland
RG-2006-176	Hålogaland
RG-2006-674	Agder
RG-2006-1089	Agder
RG-2006-1590	Hålogaland
RG-2009-375	Eidsivating
RG-2009-601	Borgarting
RG-2011-187	Hålogaland

LA-2006-127471
LA-2007-110858
LA-2008-76582
LB-2005-1778
LB-2006-50459
LB-2010-85899
LB-2010-132775
LB-2012-65885
LB-2013-46776
LB-2013-79322
LB-2013-89422
LB-2013-108942
LE-2008-132530
LF-2013-159528
LF-2014-53320
LH-2012-16666-1
LH-2014-47127

EMD-praksis

Lindheim og andre mot Norge
(13221/08 og 2139/10)

United Kingdom Supreme Court

Rainy Sky S. A. and others v Kook-
min Bank

Juridisk litteratur – bøker

Arnholm 1975	Carl Jacob Arnholm, Tre utsnitt av den almindelige privatrett, Oslo, 1975
Aschehoug 1892	Torkel Halvorsen Aschehoug, Norges nuværende statsforfatning – andet bind, 2. utgave, Christiania, 1892
Castberg 1964	Frede Castberg, Norges statsforfatning, 3. utgave,

	Oslo, 1964
Eckhoff 2001	Torstein Eckhoff og Jan Helgesen, Rettskildelære, 5. utgave, Oslo, 2001
Falkanger 2013	Thor Falkanger og Aage Thor Falkanger, Tingsrett, 7. utgave, Oslo, 2013
Fliflet 2005	Arne Fliflet, Grunnloven, Oslo, 2005
Hellner 2001	Jan Hellner, Metodproblem i rettsvätenskapen, Stockholm, 2001
Hertzberg 1898	Ebbe Hertzberg, Om Eiendomsretten til det norske Kirkegods: en retshistorisk Betænkning, Kristiania, 1898
Hov 1993	Jo Hov, Avtalerett, 3. utgave, Oslo, 1993
Huser 1983	Kristian Huser, Avtaletolkning, Bergen, 1983
Høgberg 2005	Alf Petter Høgberg, Tolkningsstiler, Oslo, 2005
Haaskjold 2013	Erlend Haaskjold, Kontraktsforpliktelser, 2. utgave, Oslo, 2013
Lid 1961	Olav Lid, Tomtefeste, Oslo, 1961
Røssaak 2009	Olav Røssaak, Vil mand leje anden mands jord oc boe der paa: tomtefeste i Norge fra middelalderen til ca. 1700, Oslo, 2009
Scheel 1912	Herman Scheel, Forelæsninger over norsk tingsret, Kristiania, 1912
Woxholth 2014	Geir Woxholth, Avtalerett, 9. utgave, Oslo, 2014

Juridisk litteratur – artikler

Berg (2007)	Borgar Høgetveit Berg, <i>Er det mogleg å nedjustere festeavgift i næringsforhold med heimel i tomtefestelova § 11 og/eller avtalelova § 36?</i> I: Tidsskrift for eiendomsrett nr. 1. (2007), s. 44-55
Eide (1984)	Erling Eide, <i>Renter og verdisikring av pengekrav</i> . I: Lov og Rett. (1984), s. 477-533
Eide (1995)	Erling Eide, <i>Kapitaliseringsrenten – ny episode</i> . I: Lov og Rett. (1995), s. 351-358

- Eide (2004) Erling Eide, *Inflasjonskompensasjon i festesaker – HR-2004-218-A*. I: *Nytt i privatretten* nr. 2. (2004), s. 10-11
- Eide (2011) Erling Eide, *Kapitaliseringsrenten og Høyesteretts misforståelse*. I: *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og velferdsrett* nr. 3. (2011), s. 125-162
- Hylland (1995) Aanund Hylland, *Renter og kapitalisering. Kommentarer til en avgjørelse i Høyesterett*. I: *Lov og Rett*. (1995), s. 40-57

Avisartikler

- Eide (2014) Erling Eide, *Høyesterett regner feil*. I: *Klassekampen* 27. oktober 2014
- Sirnes (2015) Espen Sirnes, *Bedre, men ikke bra nok*. I *Dagens Næringsliv* 6. januar 2015.

Annet

- Raabe 1914 Jens Raabes oversettelse av «Kong Christian Frederiks dagbok fra hans ophold i Norgei 1814», Kristiania, 1914.
- Innjord (2008) Utredning til Opplysningsvesenets fond vedrørende eiendomsretten til Opplysningsvesenets fond
- Høringsuttalelse NHH Høringsuttalelse i forbindelse med NOU 2013:11, forfattet av professorene Thore Haakon Johnsen, Guttorm Schjelderup, Petter Bjerksund, Gunnar Eskeland og Terje Rein Hansen ved Norges Handelshøyskole, 9. januar 2014
- Opplysningsvesenets fonds årsrapport for 2013
- Statistisk årbok 2013
- SSBs kvadratmeterprisstatistikk Publisert www.ssb.no 28. april 2014
- Pengepolitisk rapport 3/14 Pengepolitisk rapport nr 3, 2014 fra Norges Bank
- www.norges-bank.no

www.riksbank.se

epp.eurostat.ec.europa.eu

EUs statistikkontors hjemmesider